

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

---

# Le Lien du Mariage à travers l'Histoire Juridique Turque

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le 10 Juin 1936, à 14 heures.*

PAR

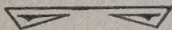
MEHMED HIFZI

---

PRÉSIDENT : M. G. RIPPERT, Professeur.

SUFFRAGANTS : M. A. ROUAST, Professeur.

M. H. SOLUS, Professeur.



PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & Cie

160, RUE SAINT-JACQUES

—  
1936





*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

**Le Lien du Mariage  
à travers l'Histoire Juridique  
Turque**



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41549904\\_0062](https://archive.org/details/IA41549904_0062)

# Le Lien du Mariage à travers l'Histoire Juridique Turque

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

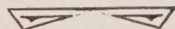
*Présentée et soutenue le 10 Juin 1936, à 14 heures.*

PAR

MEHMED HIFZI

---

PRÉSIDENT : M. G. RIPPERT, Professeur.  
SUFFRAGANTS : M. A. ROUAST, Professeur.  
M. H. SOLUS, Professeur.



PARIS  
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN  
F. LOVITON & Cie  
160, RUE SAINT-JACQUES

—  
1936



## INTRODUCTION

---

Nous nous proposons d'étudier dans cet essai le lien du mariage et son évolution dans l'histoire juridique turque.

L'institution du mariage chez les Turcs n'a encore fait l'objet d'aucune étude. Ce fait a eu comme conséquence de faire croire que le mariage chez les Turcs n'était autre que le mariage du droit musulman, et que depuis 1926, il n'est autre que celui du code civil suisse. Tous les ouvrages consacrés au droit musulman étaient censés avoir traité du droit turc ainsi que du droit des autres peuples de religion musulmane. De même, depuis 1926, après l'adoption du code civil suisse comme base au nouveau code turc, il suffit de parler du droit civil suisse pour avoir aussi parlé du droit civil turc.

Cette façon de voir ne correspond nullement à la réalité. Certes, on n'a pas entendu parler d'un droit turc, mais cela n'implique pas nécessairement son absence.

Il faut d'abord remarquer que l'existence des Turcs ne commence pas avec l'Islam. Bien avant l'apparition de la religion de Mahomet, les Turcs existaient et possédaient de solides institutions juridiques grâce auxquelles ils avaient fondé de puissants empires. Comment peut-on imaginer qu'un peuple qui a joué dans l'histoire du monde un rôle considérable n'ait pas eu un droit ?

Un droit turc existe depuis les temps les plus reculés de l'histoire. Seulement, ce droit, dont les règles les plus élé-

mentaires de la sociologie exigent l'existence, a été volontairement ignoré.

En effet, depuis l'Islam et sous l'Empire Ottoman, deux courants se sont succédé, nés de différentes conceptions de politique d'Etat qui ont eu pour but d'empêcher et même de défendre de parler de l'existence d'une nation, d'un droit, turcs.

Le premier de ces courants est l'Islalisme qui divisait l'humanité en deux camps : les croyants et les infidèles. On était musulman ou non. L'existence culturelle et sociale de tous les fidèles ne pouvaient commencer qu'avec l'Islam. Le clergé musulman désignait la période antéislamique de l'existence des Turcs par les mots de « L'ère de l'ignorance ». Entre le Turc d'avant l'Islam et le Turc devenu musulman, il n'existait aucun rapport. C'était même un véritable délit de parler de parenté de sang avec les anciens Turcs et un péché mortel de rappeler que les Turcs avaient eu autrefois d'autres religions. La religion musulmane devait être l'inspiratrice dans tous les domaines. En dehors du cadre islamique, aucun art, aucune science, aucun droit, ne pouvaient être étudiés.

Le deuxième courant fut l'ottomanisme qui a eu également une grande influence dans la manière dont l'histoire politique et sociale turque a été défigurée. Ce courant avait comme point de départ ce fait que l'empire ottoman était formé de Turcs musulmans, de chrétiens de l'Anadolou et des Balkans. L'Etat ottoman, pour remédier à l'aspect bizarre que provoquait l'absence d'homogénéité entre les populations qui le composaient, décida d'introduire le mot *otto-*

*man* dans le langage officiel pour désigner le sujet de l'Etat : on n'était ni Turc, ni Arabe, ni Slave, on était Ottoman.

Il est bien certain qu'avec ces courants imposés qui empêchaient même la prononciation du terme Turc, on était obligé d'ignorer tout ce qui concerne la vie nationale turque de l'époque préislamique. Cette politique n'a pas seulement donné des résultats désastreux dans l'intérieur du pays. Elle a eu surtout des conséquences à l'extérieur. Comme le faisait récemment remarquer le Recteur de l'Université de Paris, la moitié des connaissances des savants européens, concernant les Turcs, sont fausses.

Notre étude, qui est consacrée à l'institution du mariage chez les Turcs, a entre autre pour but de démontrer que ni le droit musulman, ni le droit suisse, ne sont tout le droit turc.

Nous avons choisi le droit familial, car il constitue à notre avis la partie la plus originale du droit privé, il est plus enraciné dans les idées et les rapports d'un peuple, dans l'individualité de son histoire toute entière, que les autres institutions juridiques.

Nous avons divisé notre étude en trois parties : une partie consacrée au droit familial turc de l'époque préislamique, une partie au droit familial musulman et son introduction en Turquie, et enfin une partie au droit familial de la République de Turquie.

Dans la première partie, nous avons essayé de dégager le droit familial des Turcs avant la période islamique. Nous nous sommes basés surtout sur le droit coutumier des Kirghiz qui sont ceux des peuples turcs qui ont le moins subi les influences étrangères. Comme on le constatera lors

de la lecture de cette partie, le matériel nécessaire pour étudier le droit turc de l'époque préislamique est loin d'être suffisant. Nous nous sommes efforcés néanmoins d'en tirer le maximum de profit.

La deuxième partie est consacrée au lien du mariage dans le droit musulman et à son introduction en Turquie. Nous avons insisté sur l'incohérence et le manque d'harmonie que caractérisaient ce droit.

Et enfin, la troisième partie traite du lien du mariage dans le nouveau code civil turc. L'adoption de ce code n'étant pas de longue date, nous n'avons pas pu commenter divers points en nous appuyant sur la jurisprudence turque, nous nous sommes forcément contentés d'exposer les lignes essentielles. D'ailleurs on peut considérer notre étude comme une introduction, plutôt que comme un exposé complet du lien du mariage.

Comme on le verra, nous avons mis une énergie particulière dans l'affirmation de certaines vérités trop méconnues jusqu'aujourd'hui. C'est ainsi que nous avons insisté sur la valeur des coutumes juridiques antéislamiques des peuples turcs, sur l'insuffisance du droit musulman à assurer les besoins d'une société, et enfin sur les bienfaits de la nouvelle législation de la République de Turquie. Cette énergie ne doit pas être considérée comme le résultat d'un parti pris ; elle n'est que l'expression de nos plus profondes convictions.

Un des points sur lequel nous avons aussi insisté au cours de cet essai fut *l'influence du facteur politique* dans l'évolution du droit turc. En effet, d'un bout à l'autre, les institutions juridiques turques sont fortement influencées par des considérations politiques.

Etudier l'ensemble de ces questions dans le cadre d'une thèse de doctorat n'est pas une œuvre aisée. Cet essai n'est peut-être qu'une compilation de documents ou un recueil des matériaux. Néanmoins, nous avons pensé qu'il était nécessaire de tenter ce travail. Si nous n'avons pas atteint le but que nous nous étions assigné, ce n'est pas au manque d'ampleur du sujet qu'il faut l'attribuer, mais à notre inexpérience.

---



## PREMIÈRE PARTIE

### **Le lien du mariage chez les Turcs avant l'Islam.**

---

#### CHAPITRE UNIQUE

#### **Les Sources.**

---

Pour étudier le droit familial des Turcs avant la période islamique, nous possédons trois sources principales.

##### § 1. — LES DOCUMENTS CHINOIS.

On sait que les Turcs ont eu pendant des siècles des relations très étroites avec les Chinois. Les œuvres historiques de ces derniers constituent une source très intéressante pour l'histoire turque. Ces documents qui sont consacrés en grande partie à l'histoire politique des Turcs et aux relations de ces derniers avec les Chinois au sizième siècle ont été traduits en français par S.-A. Julien (1) en 1877 et par Ed. Chavannes (2) en 1903. Ils contiennent plusieurs passages relatifs aux coutumes juridiques des Turcs de cette époque auxquels nous emprunterons souvent au cours de notre étude.

---

(1) Julien (S.-A.). Documents historiques sur les Tou-Kious (Turcs). Traduit du Chinois par S.-A. Julien. In-8°, Paris 1877.

(2) Chavannes (Ed.). Documents sur les Tou-Kioue (Turcs) occidentaux Recueillis et commentés par Ed. Chavannes. In-4°, St-Petersbourg 1903.

## § 2. — LES DOCUMENTS TURCS.

Jusqu'à une époque encore récente, les orientalistes n'admettaient pas que les Turcs eussent possédé des annales ou autres documents relatifs à leur histoire préislamique. Telle était la réputation qu'on faisait à cette grande race, avec laquelle l'Europe eut plus d'une fois à compter.

Mais la découverte, ou plutôt le déchiffrement de plusieurs inscriptions turques du huitième siècle, changea complètement l'opinion. Les plus importantes de ces inscriptions sont les inscriptions de l'Orkhon qui ont été trouvées à 15 lieues des ruines de Karakouroum.

C'est le premier document de l'antiquité turque rédigé par les Turcs. Nous avons déjà remarqué que jusqu'au déchiffrement de ces inscriptions, bien qu'elles aient été découvertes dans une région toujours habitée par les Turcs, des orientalistes éminents refusèrent de les considérer comme appartenant aux Turcs. Le grand savant français Deverya déclarait dans une séance de l'Académie des Inscriptions et des Belles Lettres que ces inscriptions ne pouvaient appartenir à aucun des peuples qui ont dominé successivement sur les bords de l'Orkhon. Car, dit-il, elles offrent un système graphique bien plus complet que celui que les Tartares ont emprunté aux Nestoriens (1).

Mais un peu plus tard ces inscriptions ont été déchiffrées par Wilhelm Thomsen (2), et on s'aperçut alors qu'il s'agissait sans aucun doute d'inscriptions turques écrites en lan-

---

(1) Académie des Inscriptions et des Belles-Lettres. Comptes rendus des Séances. Communication faite par M. G. Deveria (21 novembre 1890).

(2) Thomsen (W). Inscription de l'Orkhon déchiffrée. In-8°, Helsingfors 1895.

gue turque et par les Turcs. Voici le commencement de cette grande épopée nationale :

« Quand le ciel bleu en haut et la terre noire en bas eurent été créés, entre les deux furent créés les fils des hommes. Au-dessus des fils des hommes s'éleva mon ancêtre : Boumin-Kagan... Moi qui ressemble au ciel, moi le sage souverain (Kagan) des Turcs, qui viens du ciel, maintenant je suis monté sur le trône. Ecoutez jusqu'au bout ce que je vous ordonne. Vous qui venez après moi, hommes de ma race... En avant vers le soleil levant, à droite, au midi, en arrière, vers le soleil couchant, à gauche, au Nord, en dedans du cercle ainsi formé il y a de nombreux peuples qui m'obéissent, de nombreux peuples auxquels j'ai donné des institutions ».

D'après Radloff, Boumin-Kagan est le même que l'ancêtre mytique commun de la dynastie chinoise des Hya et des Huns. Si l'on admet cette identification, dit Blochet (1), elle montrerait que les Turcs du huitième siècle avaient pleine conscience de leur parenté avec les Huns, et qu'ils conservaient de lointaines traditions.

Les inscriptions de l'Orkhon ne contiennent pas de détail sur le droit familial. Mais elles sont la meilleure preuve de la civilisation turque antéislamique. Plus d'un historien, cependant, a fait à la nation turque de cette époque une réputation d'atroce barbarie et d'ignorance complète.

Koutatgou-Bilig (Koutakou-Bilik).

Koutatgou-Bilig est le texte oïgour le plus ancien (xi<sup>e</sup> siècle) que nous possédions. C'est un traité de moral pratique

---

(1) Blochet (E). Les inscriptions turques de l'Orkhon. In-8°, Paris 1898 (Extr. de la *Revue archéologique*).

et de droit administratif composé en vers par Yoûssouf Khâss Hâdjib à Kachghar en 1069. Ce manuscrit ture, d'une importance capitale, a été traduit et publié par Vambery et Radloff.

Remarquons que cet ouvrage est déjà assez fortement islamisé. Il contient en effet un nombre important de mots et d'expressions arabes et persans, à la différence des inscriptions de l'Orkhon qui nous représentent l'idiome turc du huitième siècle dans toute sa pureté primitive encore indemne de la *phraséologie musulmane* (1). Néanmoins, il est à signaler que ce manuscrit est un traité de droit administratif. Et comme le faisait remarquer le professeur Sadri Maksoudi (2), trois grandes races se sont enrôlées dans l'Islamisme ; les Arabes, les Iraniens (Persans) et les Turcs. Le premier livre des Arabes est le Coran (religion), le premier livre des Iraniens est le Chahname (littérature et légende), et le premier livre des Turcs est le Koutatgou Bilig (droit administratif).

L'auteur de cet ouvrage, en parlant d'un vizir, nous dit qu'il « a promulgué des lois, qu'il a aboli la tyrannie et qu'il a rétabli l'ordre et la sécurité publique. Sous son administration, la population a augmenté, le trésor de l'Etat s'est rempli d'or » (3).

Après avoir ainsi signalé les deux plus anciennes sources de l'histoire turque ; documents chinois et tures, nous passerons à la troisième qui est le droit coutumier des peuples tures dans lequel nous trouverons l'essentiel de notre étude, car les deux sources que nous venons d'indiquer seront plu-

---

(1) Blochet, *op. cit.*, p. 5.

(2) Sadri Maksoudi, *Türk hukuk tarihi*. In-4°, Ankara 1929 (p. 5).

(3) Cité par Sadri Maksoudi, *op. cit.*, p. 3.

tôt l'armature de notre première partie relative au droit familial turc préislamique.

### § 3. — LE DROIT COUTUMIER DES PEUPLES TURCS.

Le droit coutumier des peuples turcs de l'Asie centrale et occidentale est une source à laquelle nous puiserons, nous avons dit, pour notre première partie. En effet, pour dégager le droit familial des Turcs avant leur islamisation, il faut insister sur leurs coutumes juridiques, car ces peuples étant nomades ont très peu subi l'influence de l'Islam et par conséquent ils ont gardé intact la plupart de leurs coutumes ancestrales.

Les peuples appartenant à la race turque sont innombrables. Des frontières de la Chine jusqu'aux confins de l'Europe on peut rencontrer les représentants de cette grande souche de l'humanité.

Cependant le souci de trouver des coutumes juridiques qui ont le moins subi l'influence étrangère, nous fera baser nos études sur le droit coutumier des Yakoutes, des Turkmens et notamment sur celui des Kirghiz (1). Tous les documents

---

(1) L'origine des Kirghiz. — Sur l'origine des Kirghiz plusieurs versions existent. D'après une légende, la fille du prince Saghyn khân se promenait un jour avec ses compagnes au nombre de quarante, à travers les champs. La jeune fille aperçut au bord d'une rivière, une sorte d'écume blanche. Elle s'approcha et y trempa son doigt, ses compagnes firent la même chose. Aussitôt, toutes devinrent enceintes. Le prince, ne pouvant admettre leurs explications, les exila. Elles se retirèrent dans les montagnes, leurs enfants furent la souche des Kirghiz. En effet, en turc, le mot Kirghiz peut se diviser en deux : kirk (quarante) et kiz (jeune fille), donc peuplade issue de quarante jeunes filles.

F. Grenard dit que cette légende n'est qu'un calembour. D'après lui, le mot Kirghiz serait composé de kirk et Youz, deux groupes de l'une des grandes tribus Ouzbek (F. Grenard. *Mission scientifique dans la Haute-Asie*, t. II, p. 304).

Mais en réalité, les Kirghiz datent des temps beaucoup plus reculés. Ils étaient connus des Chinois deux siècles avant l'ère chrétienne sous le

nous démontrent en effet qu'ils ont été assez indifférents devant les deux courants (la religion musulmane et l'influence russe) qu'ils eurent à subir.

A. — *L'influence musulmane.*

L'islamisation des Kirghiz date seulement du milieu du seizième siècle, mais ils sont resté toujours insouciant à l'égard des prescriptions coraniques. Les Bokhariens ont vainement essayé de faire d'eux des adeptes fidèles de l'Islam.

Dans l'ouvrage de A. Levchine (1), on trouve le texte d'une lettre adressée aux Kirghiz en 1778 par le Chah Mourad de Bokhara, dans laquelle on les invite à se révolter contre l'empire du Tzar et à se joindre aux Turcs, alors en guerre contre la Russie. Cet appel contient entre autre les passages suivants : « Nous apprenons que vous ne possédez pas des sages et gens savants ; c'est pourquoi il vous est impossible d'exécuter les lois de notre prophète... Dans le Coran notre prophète a prescrit que tout fidèle... doit étudier la loi et craindre Dieu... » (2).

Levchine qui a visité lui-même les Pays où habitent les Kirghiz, nous déclare, en effet, qu'ils trouvaient pénible de prier cinq fois par jour et qu'ils n'avaient ni mosquée, ni mollah indigène (3).

---

nom de Kien-Kuen, — nom qui d'après Pelliot remonte à un mot mongol —, et ils habitaient le bassin du Yenisseï (Barthold. *Encyc. de l'Islam*, t. II, p. 1.084).

De toute façon, c'est un point certain que les Kirghiz sont parmi les plus anciens peuples de l'Asie.

(1) A. Levchine. *Description des Hordes et des Steppes des Kirghz-Kazaks*. Traduit du russe par De Pigny. In-8°, Paris 1840.

(2) A. Levchine, *op. cit.*, p. 280.

(3) A. Levchine, *op. cit.*, p. 331.

Le grand orientaliste français, Grenard, affirme cet état en disant que l'action du droit coranique a été *toute superficielle* (1).

G. Richard déclare aussi, que l'islamisme n'a pas changé les coutumes des Kirghiz et la plupart d'entre eux professent même le Chamanisme (2).

#### B. — *L'influence russe,*

Les Kirghiz ont été également indifférents à l'invasion culturelle des Russes. Malgré les efforts d'assimilation tentés depuis la Grande Catherine, l'influence russe est restée infime. Leur attachement farouche aux legs des ancêtres et l'éloignement de leur pays des centres culturels russe permettaient aux Kirghiz de conserver leur indépendance. En réalité, ils n'appartenaient à la Russie tzariste que de nom (3).

C'est pourquoi nous voulons insister surtout sur le droit coutumier des peuples turcs de l'Asie centrale, berceau de la race turque, et en particulier sur celui des Kirghiz, pour dégager le droit familial turc de l'époque préislamique, car en ce qui concerne les Turcs d'Anadolou, malheureusement, l'Islam et Bysance ont sensiblement influé sur leur vie sociale (4).

Signalons tout de suite que le résultat de ces recherches

(1) F. Grenard. *Mission scientifique dans la Haute-Asie* (1890-1895). 3 vol. In-4°, Paris 1898 (T. II. *Le Turkestan et le Thibet*, étude ethnographique et sociologique, p. 125).

(2) G. Richard, *La femme dans l'histoire*. In-16°, Paris 1909 (p. 55).

(3) Voir V. Sineokov. *La colonisation russe en Asie*. In-8°, Paris 1929.

(4) Voir F. Köprülü. *Les influences des institutions byzantines sur les institutions ottomanes* (*Revue d'histoire du droit et de l'économie politique turque*). In-8°, Istantbul 1929.

ne sera pas un traité complet de droit familial, car les documents et ouvrages que nous possédons, relatifs à la vie des peuples turcs avant leur islamisation sont plutôt des histoires politiques ou des ouvrages géographiques. D'autre part, les coutumes juridiques que nous trouvons dans les œuvres des orientalistes ont été recueillies souvent dans le but de servir la géographie. Ces auteurs ne parlent des coutumes juridiques qu'occasionnellement.

Néanmoins, ce matériel historique et géographique, sans nous fournir de détails sur le droit familial, nous montre, et d'une façon incontestable, la haute valeur que les Turcs attachaient à la famille en tant que base fondamentale pour l'existence de leur société.

Dans les documents chinois, relatifs aux Turcs du sixième siècle, on lit le passage suivant : « ... Ils (Turcs) punissent de mort ceux qui.. ont commis un homicide ou fait violence à une femme mariée. Celui qui a déshonoré une jeune fille est puni d'une forte amende et est obligé de l'épouser tout de suite... » (1).

Cette disposition qui se trouve dans le droit pénal coutumier des Turcs du sixième siècle, nous donne une idée sur la sévérité qu'on montrait pour la sécurité de la femme mariée et de la famille.

Nous espérons que de nouvelles recherches seront entreprises dans ce domaine et cette fois par des juristes. Le droit familial préislamique des Turcs se dégagera alors plus nettement car, une race qui existe depuis les temps les plus reculés et qui depuis des siècles n'a cessé de créer des États

---

(1) S.-A. Julien, *op. cit.*, p. 9.

et des civilisations sur une grande partie de la terre, une race qui parfois vaincue et disséminée, renaît sans cesse avec une jeunesse surprenante, n'aurait pas pu résister et croître sans être fondée sur une solide famille, *cellule sociale*. Les règles les plus élémentaires de la sociologie nous en sont témoins.

---

## I. — LES FIANÇAILLES

---

### CHAPITRE I

#### Le rôle des fiançailles dans la formation du lien du mariage.

---

La demande en vue du mariage est faite par la famille du futur mari. Le père envoie un de ses amis au chef de famille chez la jeune fille dont l'alliance est désirée. Cet usage, qui revêt en quelque sorte une solennité, existait déjà chez les Turcs du sixième siècle. Le passage suivant qu'on trouve dans les documents chinois le prouve : « ... Si un homme devient amoureux d'une jeune fille (lors d'une cérémonie solennelle) il s'en retourne et envoie aussitôt quelqu'un pour la demander en mariage à ses parents qui d'ordinaire ne refusent point leur consentement » (1).

Le rôle de l'émissaire est de faire connaître les intentions de la famille. D'après les auteurs russes, les mots prononcés à cette occasion chez les Yakoutes sont les suivants : — Nous sommes venus pour allumer un feu qui ne s'éteindra jamais ; pour construire un foyer, consens-tu à cela ?

Si le père accepte, le premier point sur lequel les parents doivent s'entendre par la suite est le Kalym,

---

(1) S.-A. Julien, *op. cit.*, p. 10.

## § 1. — LE KALYM. OBJETS COMPOSANT LE KALYM.

Le Kalym (1) est la remise, aux parents de la fiancée, d'une certaine quantité de bétail ou autres choses précieuses qui varient suivant la situation des familles. Chez les riches, la valeur du Kalym monte jusqu'à deux cents chevaux ou brebis (2) ; Pour les gens moins aisés, il n'y a pas de valeur fixe, même approximativement.

Voici la composition d'un Kalym lorsqu'il s'agit de gens aisés :

I. — Kara-mal, quantité de bétail qu'on remet aux parents de la fiancée, au moment où la demande en mariage est acceptée. Elle est destinée à la dot. On verra par la suite l'importance de cette partie du Kalym.

II. — Yelü, don offert lors de la première visite du fiancé à sa future épouse.

III. — Tuy-mal, frais du festin accompagnant habituellement la cérémonie du mariage (vingt à soixante-dix chevaux).

IV. — Sut-Hakki (Droit du lait). — C'est un cadeau donné à la mère de la fiancée pour le lait dont elle a nourri son enfant. Il varie de un à sept chameaux.

En plus de ces dons, le fiancé doit donner aux parents de sa fiancée le plus beau de ses vêtements et le harnachement complet d'un cheval.

La répartition ci-dessus du Kalym a une grande impor-

---

(1) Suivant les régions, ce mot se prononce de différentes manières, notamment Kaling, Kalym, Kalyn.

(2) Levchine, *op. cit.*, p. 358.

tance que nous signalerons à propos des ruptures de fiançailles (1).

## § 2. — LA NATURE JURIDIQUE DU KALYM.

La question se pose de savoir ce qu'on acquiert avec la remise du Kalym. Est-ce la jeune fille ? Dans ce cas, le Kalym serait le prix d'une vente et la femme la chose ; ou le Kalym est-il le remboursement d'une indemnité due aux parents ; ou enfin, présente-t-il un autre caractère ?

Les auteurs ne sont pas d'accord sur la question. Voici d'ailleurs les différentes opinions qu'ils ont avancées.

### A. — *L'opinion de Levchine et de Dingelsted.*

Levchine soutient que les préliminaires du mariage, lors desquels les partis fixent le montant du Kalym, ne sont autre chose qu'une vente que les parents font de leur fille. Le Kalym en est le prix convenu (2).

Dingelsted déclare également qu'il ne s'agit guère d'un mariage véritable, l'union étant plutôt l'achat d'une fille par un homme (3).

### B. — *L'opinion de F. Grenard et de G. Richard.*

Grenard émet, par contre, l'opinion suivante :

« C'est une conception radicalement fausse du Kalym, dit-il, que d'y voir une opération commerciale. Les Kazaks-

---

(1) Ces renseignements, relatifs aux Kirghiz-Kazaks, ont été recueillis à la suite d'une instruction du gouvernement russe, en date de 1844, par un Sultan Kirghiz — les Kirghiz appelaient sultan les parents de leur Khan qui étaient les descendants de Djenghiz Khan — et publiés en 1871 dans les « Zapiski », notes et mémoires, de la section d'Orenbourg de la Société impériale russe de géographie. Dans la *Revue du monde musulman* (années 1917-1918, vol. 35) on trouve un bref résumé de ces notes.

(2) Levchine, *op. cit.*, p. 360.

(3) Dingelsted (V.). Le régime patriarcal et le droit coutumier des Kirghiz (*Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence*, vol. XIV, année 1890, p. 148).

Kirghiz ne considèrent nullement la femme comme une marchandise, ni le mariage comme un contrat de vente. Le mariage consiste, à leur idée, à faire entrer une fille dans une autre famille d'origine. Le Kalym est un simple présent de politesse, obligatoire toutefois... La fille se trouve en dépôt dans la famille de son père, qui est chargée de l'élever jusqu'à ce que la famille du fiancé la réclame et en fasse son enfant par le rite du mariage. Donc le père a le droit d'exiger le remboursement des dépenses qu'il a faites pour l'éducation de la fille dont il a pris soin provisoirement ; le Kalym est ainsi une restitution, ou si l'on veut, une indemnité pour un service rendu. Ce n'est pas le prix d'achat d'un objet mis en vente » (1).

Le grand orientaliste Gaston Richard, d'accord avec Grenard, considère le Kalym comme une restitution qui va dédommager des frais d'éducation de la jeune fille (2).

#### C. — *L'opinion d'Agha Oglou Ahmed.*

Agha Oglou Ahmed voit comme contre partie de la remise du kalym l'acquisition de l'autorité paternelle par le mari (3).

Le partisan de cette conception du kalym, s'appuie sur un détail de la cérémonie du mariage chez les Yakoutes et soutient que la chose cédée par la famille de la jeune fille n'est pas la femme, mais simplement l'autorité paternelle qui se transformera par le rite du mariage en autorité maritale. En effet, dit-il, lors de la cérémonie du mariage chez les Yakoutes, la fiancée s'approche d'un foyer, y allume un

---

(1) F. Grenard, *op. cit.*, t. II, p. 113.

(2) G. Richard, *op. cit.*, p. 56.

(3) Agha Oglou Ahmed. *Hukuk tarihi* (Histoire du Droit). In-8°, Istambul 1931, p. 101.

peu de feu, puis le père met sur la tête de sa fille un duvak (voile nuptial), et c'est précisément à partir de ce moment que la fiancée devient l'épouse.

La remise de ce voile représente la cessation de l'autorité paternelle et son remplacement par celle du mari. Donc c'est l'investiture du mari d'une autorité sur sa femme qui constitue la contre-partie de la remise du kalym.

### C. — *Véritable nature juridique du kalym.*

Avant de dégager la véritable nature juridique du kalym, essayons d'analyser les opinions ci-dessus mentionnées.

a. — En ce qui concerne l'opinion de Levchine et de Dingelstedt, nous trouvons inutile d'insister. Ces auteurs ont simplement confondu le kalym avec certaines règles relatives au mariage du droit musulman, qui attribuent la dot à l'épouse elle-même alors que le droit coutumier turc l'attribuait au père et à son défaut, aux parents de la fiancée. Ils se sont donc contenté de voir l'aspect extérieur, sans chercher le fondement de cette coutume qui date de plusieurs siècles avant l'apparition de l'Islam.

Si les préliminaires du mariage, lors desquels les familles fixent le kalym, ne sont que des opérations de vente, comment expliquer alors le droit de la femme de quitter son mari.

Nous refusons d'admettre une telle opinion, dénuée de tout fondement. Classons-là, simplement, dans le volumineux dossier des erreurs commises en tout ce qui concerne les Turcs.

b. — L'opinion de F. Grenard nous semble plus plausible sans cependant nous satisfaire. Nous sommes d'accord avec lui pour déclarer que le Kalym est un simple présent

de politesse, mais nous n'acceptons pas que le kalym ait pour but le remboursement des frais que les parents de la fiancée ont dû faire pour l'élever. L'existence du Süt-Hakki (droit du lait), parmi les fractions composant le kalym, peut sembler confirmer l'opinion de M. F. Grenard. Mais nous ne croyons pas que le lait donné par la mère à son enfant puisse être considéré comme frais. Si l'on admet que le Kalym est le remboursement des frais faits par les parents, pourquoi ne le demande-t-on pas également pour l'homme qui, lui aussi, quittera le plus souvent le foyer paternel en se mariant.

c. — La troisième opinion, qui est celle de Agha Oglu Ahmed, ne nous semble plus correspondre à la réalité. Il a attaché trop d'importance à un détail de la cérémonie du mariage.

La remise du voile nuptial sur la tête de la fiancée, par le père de cette dernière, ne peut pas signifier un transfert de l'autorité paternelle. Nous ne pouvons voir, dans ce geste rien de plus que la cessation de l'autorité paternelle.

Même si nous admettons que le voile nuptial est un symbole de l'autorité paternelle, il est certain que ce voile est mis sur la tête de la fiancée et non sur celle de l'homme.

Donc rien ne nous indique que le père, en retirant sa puissance, vaille mettre sa fille sous celle du mari. Bien entendu, la femme sera désormais sous la puissance maritale parce qu'elle s'est mariée, mais non parce que le fiancé a donné un kalym.

A notre avis, il ne faut pas voir, comme contre-partie de la remise du kalym, l'acquisition de quoi que ce soit.

Le kalym est un simple présent de politesse, devenu

comme beaucoup d'autres règles de politesse, indispensable à observer.

Chez les gens pauvres, le kalym peut consister parfois même en une seule brabis. Comment peut-on admettre qu'on acquiert, grâce à une brabis, une jeune fille, ou bien, suivant d'Agha Oglu, l'autorité paternelle, qui se transforme en autorité maritale.

On nous objectera peut-être que la valeur assez considérable du kalym, chez les gens aisés, dépasse le caractère d'un simple présent de politesse. En effet, chez ces derniers, le kalym peut monter, comme nous l'avons indiqué auparavant, jusqu'à deux cents chevaux ou mille brebis. Mais nous répondrons que la plus grande partie du kalym est destinée à fournir la dot de la femme, dot qui sera emportée par celle-ci, et mise au service commun du nouveau foyer. Donc le kalym n'est pas destiné, en grande partie, aux parents de la fiancée, ce qui élimine complètement l'idée d'une vente que les parents font de leur fille.

Le kalym est simplement une survivance d'une ancienne coutume nuptiale. Dans l'ancien temps, en effet, la présence à la cérémonie du mariage d'au moins un membre de chaque tribu et de chaque famille, faisait que leur nombre atteignait parfois plusieurs centaines. Réunis dans la maison de la fiancée, ils y restaient trois jours et même plus, à la charge de sa famille. Et c'est pour couvrir une partie de ses dépenses que jouait le kalym (1).

Comme le dit G. Richard, la littérature vient souvent dégrader le sens des coutumes populaires. Dans l'*Avare*, comédie écrite à Tiflis en 1852, par Akhond-Zadé (2), nous ren-

---

(1) Castagné. *Revue des études islamiques*, 1929, p. 272.

(2) Akhond-Zadé. *L'avare*. Comédie en cinq actes. Texte azeri, publié et traduit par L. Bouvat. In-8°, Paris 1904 (*Jou. As.*, 10<sup>e</sup> série, t. III, p. 52).

controns souvent cette notion de frais du mariage qui n'est autre chose que le kalym. Plusieurs scènes de cette comédie nous aident à comprendre le sens attaché par les Turcs à l'institution du kalym.

Nous concluons donc en disant que le kalym n'est pas le prix d'achat d'une femme ou de l'autorité paternelle, ni non plus, un remboursement des frais que les parents ont dû faire pour élever leurs enfants.

Au début, participation aux frais de la cérémonie du mariage, simple présent de politesse et preuve de l'estime (1) que la famille du futur époux et l'époux lui-même portaient à l'union en vue, le kalym acquiert ensuite, par son observation pendant un temps assez long, le consentement de tous, ce qui lui donne un caractère obligatoire ; en un mot, il devint une *coutume* pouvant produire certains effets juridiques.

---

(1) G. Richard, *op. cit.*, p. 227.

## CHAPITRE II

### Les effets de la remise du Kalym.

---

#### § 1. — GÉNÉRALITÉS.

Les préliminaires du mariage, lors desquels les parties fixent le montant du Kalym, dépassent de beaucoup le caractère des fiançailles du droit moderne qui, en principe, n'engagent en rien, et par conséquent, ne produisent aucun effet.

Chez les Turcs, les préliminaires sont la partie la plus importante du mariage. Même, après la remise du Kalym, on peut considérer les fiancés comme liés par le lien conjugal. La cérémonie du mariage qui suit ces préliminaires n'est plus qu'une simple formalité.

#### § 2. — DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

##### APRÈS LA REMISE DU KALYM.

1° L'obligation de fournir une dot, par les parents de la fiancée.

Après la remise du Kalym, la famille de la future épouse doit préparer une dot pour la donner à celle-ci lors de son départ pour son nouveau foyer. Cette dot se compose en général des objets suivants :

a) Une tente. Fraction de dot obligatoire, même pour les femmes pauvres. La tente sera un élément de paix en cas d'un second mariage du mari. Ajoutons cependant que la polygamie est très rare.

b) Une coiffure spéciale aux femmes mariées (voile nuptial), une literie et un certain nombre de robes et objets pour garnir la tente.

c) un cheval de selle, un troupeau de chevaux ou de brebis.

Pour les gens moins aisés, la dot est bornée à une tente, un cheval et quelques vêtements. Tous ces objets doivent être prêts au jour convenu entre les parties.

2° Le droit du fiancé d'enlever sa future épouse, si les parents de celle-ci n'ont pas préparé la dot dans le temps convenu.

Le fiancé, en effet, après la remise du Kalym, peut enlever la fiancée si la dot n'est pas préparée. Cependant ce droit est subordonné à une condition : il faut que le fiancé signale le retard et donne un délai. Ce n'est qu'après l'écoulement de ce délai que le fiancé pourra enlever sa future femme, et attendre par la suite la remise de la dot (1).

3° Défense pour les membres des deux familles, futures alliées, de se fréquenter pendant la période des fiançailles.

D'après une coutume bien établie, les membres des deux familles doivent cesser de se fréquenter à partir des fiançailles, jusqu'à la cérémonie du mariage. On ne comprend pas très bien le fondement de ce troisième effet du paiement du Kalym. Durkheim nous déclare que « partout où de pareilles coutumes sont en pratique, tout se passe comme si les époux ne parvenaient à se rapprocher qu'en triomphant de je ne sais quelle force antagoniste, comme si cet

---

(1) L'enlèvement d'une femme est puni d'une forte amende dont le taux est égal au Kalym que le ravisseur aurait dû payer s'il l'avait épousée. Mais de toute façon, il sera forcé de ramener la jeune fille chez ses parents, après quoi, on pourra parler d'un mariage.

événement qu'on célèbre joyeusement, avait quelque chose de honteux » (1).

Cependant le fiancé a le droit de visiter sa future femme au moins une fois après les préliminaires du mariage. Cette rencontre est soigneusement préparée par les deux familles.

Mais il est à remarquer que cette prohibition, notamment en ce qui concerne les futurs époux, reste souvent sans application, car le fiancé cherche à voir sa fiancée, et il y réussit moyennant des cadeaux faits aux femmes qui entourent cette dernière (2).

---

(1) Fahri (A.-Z.). Ziya Gökalp, sa vie et sa sociologie. In-8°, Strasbourg 1935, p. 89.

(2) Levchine, *op. cit.*, p. 359.

---

## CHAPITRE III

### La rupture des fiançailles.

---

On peut classer les ruptures des fiançailles en deux catégories comme ruptures volontaires et ruptures forcées.

#### § 1. — RUPTURES VOLONTAIRES.

Pour étudier les conséquences résultant de la rupture volontaire des fiançailles par l'une des parties, une distinction est nécessaire, car les effets sont différents suivant que la remise du kalym a précédé ou non la rupture.

##### A. — *Rupture des fiançailles avant la remise du kalym.*

Il peut arriver qu'après les préliminaires du mariage et avant la remise du kalym, l'une des parties, pour une cause quelconque, peut-être jusque-là inconnue, renonce au mariage. Dans ce cas aucune indemnité n'est due à la partie renonçante, car l'accord survenu au cours des premiers pourparlers ne devient un engagement pour les parties, qu'après la remise du Kalym. Cependant, le fiancé renonçant doit indemniser la famille de la fiancée, si celle-ci a refusé entre temps un autre prétendant. D'autre part, il est d'usage que les parents du fiancé remettent certains objets, lors des préliminaires du mariage, aux parents de la future épouse. Ces objets seront rendus si la rupture est provoquée par la famille de la fiancée.

Ajoutons que ces objets, qui d'après certains auteurs,

sont considérés — à tort — comme des arrhas, ont été remplacés par des pièces d'or.

Chez les Turkmènes, la jeune fille devait les suspendre à ses cheveux, au-dessus du front ; c'était la consécration publique de sa qualité de fiancée (1).

Actuellement, dans certaines communes de la Turquie, cet usage se pratique couramment. C'est une grande joie pour une jeune fille de se montrer en public avec des pièces d'or ornant son front.

#### B. — *Rupture des fiançailles après la remise du Kalym.*

La rupture des fiançailles par la volonté du fiancé comporte la perte du Kalym, sauf si sa décision est fondée sur un motif grave jusqu'à-là ignoré (maladie grave, défaut physique ou moral de la fiancée).

Par contre, si les fiançailles sont rompues par la fiancée, la famille de cette dernière doit rembourser intégralement le montant du Kalym. Cependant, si le fiancé a déjà visité une fois sa future épouse, il ne pourra réclamer la fraction du Kalym qu'il a dû remettre pour cette rencontre (Yelü) (2).

### § 2. — RUPTURES FORCÉES.

La rupture des fiançailles doit découler tout naturellement du décès des fiancés. Or, il n'en est pas exactement ainsi.

Le droit coutumier nous fournit à ce sujet des détails très intéressants que nous allons signaler. Remarquons tout d'abord que le décès du fiancé, survenu avant le paiement

---

(1) Volodine. *Recueil des matériaux*, année 1908, n° 36, Tiflis (*Revue du Monde musulman*, vol. IX, p. 133).

(2) Voir page 23.

du Kalym, ne provoque aucune difficulté. Quant à la mort de l'un des fiancés, survenue après la remise du Kalym, les conséquences en sont nombreuses.

A. — *Décès du fiancé.*

La mort du fiancé ne comporte pas la dissolution du lien établi par les fiançailles entre lui et la famille de la fiancée. Un de ses frères doit le remplacer dans ce lien. Il n'est tenu envers la famille de la fiancée d'aucune offre substantielle, son frère décédé ayant déjà versé le Kalym. Il doit simplement donner un bon cheval de selle. Mais il arrive que la famille de la jeune fille refuse ce remplacement. Dans ce cas, elle doit rembourser le Kalym et offrir un cheval au frère du défunt pour l'estime qu'il a manifestée envers leur fille.

Il arrive cependant qu'aucun frère du défunt ne veuille le remplacer ; on ne peut pas forcer un homme à épouser une femme choisie par son frère. Mais dans ce cas il faut renoncer au Kalym versé par le défunt.

En pratique, la question ne se pose pas, ce qui explique l'absence d'une règle coutumière qui en traite. La remise du Kalym est une charge assez lourde et la famille du défunt trouve avantageux de marier un de ses fils, sans un nouveau Kalym, et elle est contente de continuer les relations établies avec la famille de la fiancée de son fils décédé.

Enfin, si le défunt était fils unique, le Kalym devait être remboursé à condition que le *de cujus* n'ait jamais visité sa fiancée, car dans ce cas, la famille de cette dernière a le droit de ne rembourser que la moitié du montant du Kalym.

B. — *Décès de la fiancée.*

Les règles coutumières relatives à la suite à donner en cas de décès de la fiancée sont analogues aux précédentes.

Les parents de la défunte doivent la remplacer par une autre de leurs filles ou restituer le Kalym. Dans le cas où la défunte est remplacée par une de ses sœurs, le fiancé doit donner un Kalym supplémentaire (Baldiz-Kalym).

Si par contre, les parents de la défunte refusent de la remplacer par une de leurs filles, ils doivent rembourser intégralement le Kalym, sous réserve du droit d'en garder une partie importante si leur fille décédée avait déjà rencontré son fiancé.

On remarque ici, comme dans les passages précédents, l'importance qu'on attache à la première rencontre des fiancés. Les conséquences qui découlent de ce premier rendez-vous (Ouroun) nous semblent fondées sur une présomption de la perte de la virginité chez la jeune fille, car les suites de la rupture des fiançailles, après cette rencontre, ressemblent beaucoup à celles du divorce.

---

## II. — LE MARIAGE

---

### CHAPITRE PREMIER

#### Conditions. — Formalités.

---

Nous n'insisterons pas sur ce chapitre. Les règles relatives à ces questions ne présentent pas beaucoup de particularités. Nous nous contenterons d'en tracer brièvement les grandes lignes.

Conditions :

Pour se marier il faut être pubère, consentir à cette union (1), ne pas avoir de liens de parenté avec le futur conjoint. Cependant le beau-frère peut épouser sa belle-sœur devenue veuve. Cette union, comme nous en parlerons plus bas, est même en quelque sorte obligatoire.

Formalités :

Les formalités antérieures au mariage sont les pourparlers des deux familles, futures alliés, au cours desquelles les parties fixent le montant du Kalym. Après la remise du Kalym et la première rencontre (Ouroun) des futurs époux, on peut les considérer comme liés par le lien du mariage.

Les cérémonies nuptiales ne sont en réalité qu'une occa-

---

(1) « Dès qu'ils atteignent leur majorité, les garçons à douze ans et les filles à dix, sont libres d'épouser qui leur plaît et d'accepter ou de refuser les partis que leurs parents leurs proposent. » F. Grenard, *op. cit.*, t. II, p. 121.

sion de multiples manifestations joyeuses. Chez les Turcs, le mariage est regardé comme l'acte le plus heureux de la vie.

Depuis l'introduction de l'Islamisme, le mollah (religieux) qui assiste à la célébration du mariage n'est qu'un simple témoin.

Donc la phase capitale des formalités qui entourent l'union conjugale se trouve bien dans les préliminaires du mariage. La rédaction d'un contrat n'est pas d'usage (1).

---

(1) Les Turcs utilisaient la forme écrite, en matière de contrats, depuis les temps les plus reculés. Les documents chinois nous révèlent que les Turcs du VI<sup>e</sup> siècle pratiquaient « des entailles sur des plaques de bois pour faire des contrats ». S.-A. Julien. Documents historiques, *op. cit.*, p. 27.

---

## CHAPITRE II

### Les effets du mariage.

---

#### *Puissance maritale. — Incapacité restreinte de la femme mariée.*

Le mari est investi de l'autorité maritale. Cependant la femme garde l'entière liberté de disposer de sa dot. Même dans l'empire ottoman ce droit était reconnu à la femme, au moins en apparence, car en réalité il n'était nullement conciliable avec les larges pouvoirs que la religion musulmane accordait au mari sous l'égide des sultans.

Plusieurs auteurs occidentaux qui s'en sont tenus à la lettre de la règle islamique ont été étonnés de voir la femme armée d'un tel droit. J.-A. Guer qui avait écrit en 1746 un ouvrage intitulé « Mœurs et usages des Turcs » constatait avec amertume la différence qui existait entre le pouvoir de la femme turque, en ce qui concerne sa dot, et les droits de la femme française. On lit en effet dans son œuvre devenue classique le passage suivant :

« ...Quelle différence entre cette coutume et la nôtre. Les Turcs dotent les filles qu'ils recherchent en mariage ; chez nous, les pères des filles payent pour qu'on les demande ; là, une fille dispose de ce que son mari lui donne, ici elle n'est même pas la maîtresse de ce qu'elle lui donne » (1).

La femme turque de l'époque préislamique et même la

---

(1) Guer (S.-A.), Mœurs et usages des Turcs. 2 vol. in-4°, Paris 1746-147, p. 419.

femme turque musulmane de l'Asie Centrale, jouissent de pouvoirs égaux à ceux du mari. Grenard nous raconte que « Dans les affaires sérieuses, elles jouissent encore d'une indépendance et d'une autorité plus grande que dans la plupart des autres pays.. Quand un cultivateur a des provisions de blé ou de maïs dont il veut se défaire, quand un artisan a des objets fabriqués à vendre, le mari se rend au bazar avec sa femme qui contrôle les opérations commerciales, et il ne vend que de son consentement et au prix qu'elle approuve. Pour acheter des objets utiles au ménage, des ustensiles, des vivres, des vêtements, le consentement de la femme est nécessaire. Malheur à celui qui voudrait s'en passer. Les menaces de divorce, l'abandon du domicile conjugal l'en feraient repentir... Aussi, laisse-t-on souvent les femmes aller seules au marché et faire comme elle l'entendent les affaires courantes » (1).

En ce qui concerne le régime matrimonial, la règle est la séparation de biens. « Chaque femme demeure maîtresse absolue de ses biens » (2).

Tant qu'elle n'a pas d'enfant, dit Grenard, « elle donne les fruits de ses biens propres à ses parents, ce qui n'est pas conforme à la foi musulmane. Si elle a des enfants, les fruits restent dans la maison du mari ; en cas de divorce, non seulement elle a la jouissance entière en même temps que la propriété de ses biens personnels, mais elle reprend tout ce qui en a été dépensé au profit de la communauté (3).

Grenard insiste sur un autre point, à savoir la situation heureuse de la femme dans la société turque.

---

(1) F. Grenard, *op. cit.*, t. II, p. 125.

(2) Levchine, *op. cit.*, p. 363.

(3) F. Grenard, *op. cit.*, t. II, p. 116.

« La reclusion et l'infériorité presque serviles où les musulmans relèguent les femmes n'ont jamais été de mode... Nous savons qu'il y a quatorze siècles, les femmes étaient admises dans la société en présence des hommes... La Kach-garienne va partout en compagnie de son mari, faire des visites, dîner en ville, assister à des fêtes de famille, aux offices des morts. Fréquemment, elle sort seule. Quand elle est avec son mari, elle a le pas sur lui, est la première, prend la place d'honneur, est la première invitée à fumer, boit et mange la première, dans la rue marche devant son mari, comme dans le cortège nuptial, la fiancée marche devant le fiancé. C'est un sujet d'étonnement pour les étrangers » (1).

Quant au nom de la femme, le mariage n'y apporte aucun changement. Elle continue à porter son nom de jeune fille (2).

---

(1) F. Grenard, *op. cit.*, t. II, p. 126.

(2) « ... Le mari ne dit jamais à autrui le nom de sa femme, et si on l'ignore, ce n'est pas à lui qu'on ira le demander, il ne répondrait pas. » (Levchine, *op. cit.*, p. 356).

---

### III. — DISSOLUTION DU LIEN DU MARIAGE

---

#### CHAPITRE PREMIER

#### Généralités.

---

*Le caractère particulier du lien du mariage turc. L'opinion de M. F. Grenard sur la nature du mariage turc.*

Chez les anciens Turcs, comme dans la plupart des législations primitives, le divorce existait.

D'après le droit coutumier turc, le droit de demander le divorce, dans certains cas que nous allons énumérer, appartient aussi bien à la femme qu'au mari. Mais, après la mort de l'un des époux, le foyer né du mariage n'est pas éteint, c'est ce qui est le point intéressant de notre chapitre. On verra les familles des conjoints, après la mort de l'un des époux, s'efforcer de faire vivre la jeune famille en remplaçant le *de cujus* — suivant les cas — par un frère ou une sœur de ce dernier. Cette particularité est notamment plus étonnante quand il s'agit de remplacer le mari, car, comme le déclare Grenard, le but du mariage chez les anciens Turcs consiste à faire entrer une fille dans une autre famille que sa famille d'origine (1).

Donc, il est normal qu'en cas de mort du mari, la femme ne quitte pas la famille de son conjoint prédécédé. C'est un frère de ce dernier qui le remplacera. Grenard ajoute que

---

(1) F. Grenard, *op. cit.*, t. II, p. 113.

« les beaux-frères d'une femme turque sont ainsi ses maris suppléants dont les droits sont seulement suspendus tant que le mari principal vit encore » (1).

Cependant, il faut faire une distinction suivant que la veuve a ou non des enfants issus de son premier mariage.

« ...Si elle n'a point d'enfant, Elle peut reprendre sa liberté, à condition qu'elle ait eu le soin de déclarer ses intentions avant le décès de l'ainé (son époux). Si celui-ci est d'accord, il prend l'extrémité d'un fil dont sa femme tient l'autre ; tous deux prononcent la formule de séparation et rompent le fil en le brûlant. Ce rite accompli, et le décès du mari survenant, la veuve peut retourner dans sa propre famille » (2).

Cette règle coutumière recueillie par Grenard chez les Thibétains existe aussi, dit-il, chez les Kirghiz.

D'ailleurs, pendant la célébration du mariage, un fil ou une corde qui représente en quelque sorte le lien matrimonial, figure également.

Dans certaines régions de l'Asie, habitées par les Kirghiz, on attache une touffe de crins, prise à la crinière du cheval de l'époux, et un ruban de l'épouse, puis on les trempe dans un liquide, sorte d'eau bénite qui est ensuite bue par les époux (3).

Certains auteurs orientalistes et notamment Grenard ont conclu devant ces règles coutumières que le lien du mariage est indissoluble et que le remplacement du mari décedé par son frère, est une application de la polyandrie (4).

Ces conclusions ne nous semblent pas fondées, car la

---

(1) F. Grenard, *op. cit.*, t. II, p. 347.

(2) F. Grenard, *op. cit.*, t. II, p. 350.

(3) Levchine, *op. cit.*, p. 361.

(4) F. Grenard, *op. cit.*, t. II, p. 350.

solidité du lien du mariage, chez les anciens Turcs, ne va pas, à notre avis, jusqu'à l'indissolubilité. Le fait que la veuve, qui n'a pas d'enfant, puisse quitter la famille de son mari, et les diverses causes de divorce que nous énumérerons par la suite en sont une preuve.

D'autre part, la polyandrie exige la cohabitation d'une femme avec plusieurs hommes. Tandis que dans le mariage que nous étudions, le frère du mari, comme le dit Grenard lui-même, n'est qu'un beau-frère de la femme. Il deviendra peut-être le mari, mais après la mort de son frère. Jusqu'à là, il n'est qu'un beau-frère, et rien de plus.

Cet usage de remplacer le défunt par l'un de ses frères en vue de la continuation de la famille est un des plus anciens chez les Turcs.

Les documents chinois, relatifs au Tou-Kiou (Turcs) du <sup>vi</sup><sup>e</sup> siècle, contiennent un passage qui affirme l'existence de cette règle : « les frères cadets du père décédé devraient épouser la veuve » (1).

---

(1) S.-A. Julien, *op. cit.*, p. 11).

---

## CHAPITRE II

### Les causes de divorce.

---

Les causes de divorce sont les suivantes, elles peuvent être invoquées par la femme aussi bien que par le mari.

#### § 1. — L'ADULTÈRE.

L'adultère est un des premiers cas qui donne lieu à divorce. Il porte, en effet, une atteinte grave à l'intégrité du lien conjugal.

L'adultère du mari, avant l'introduction de l'islamisme, n'était pas moins sévèrement traité par la coutume que celui de la femme.

Nous pouvons même affirmer le contraire en nous basant sur les documents que nous possédons. En effet, l'adultère du mari, outre le droit qu'il donne à la femme de demander le divorce, était pénalement sanctionné, tandis que, l'adultère de la femme ne comportait que des sanctions civiles. Elle devait quitter la maison de son mari en laissant ses enfants et sa dot pour retourner dans sa famille d'origine.

Cette inégalité de traitement s'affirme notamment dans le droit coutumier du Khan Tiavka (1).

On appréciera mieux, dit Grenard, l'indulgence des coutumes indigènes si on les compare avec celles de l'Afgha-

---

(1) Tiavka est une des grandes figures de l'histoire des Kirghiz. Il a réconcilié les tribus et il leur a donné plusieurs lois basées sur la coutume (Lavchine, *op. cit.*, p. 399).

nistan où la femme adultère est punie de mort, et avec celle de la Chine où elle est battue et vendue, si elle n'a été tuée par le mari. Chez les peuples turcs, le mari se contente en général de renvoyer la coupable (1).

On ne peut pas s'empêcher d'être étonné devant cette règle qui est l'opposé du droit moderne, dans lequel l'adultère de l'homme est moins sévèrement sanctionné.

A notre avis cette ancienne coutume turque se justifie hautement, car si l'on met en balance les deux volontés qui créent cet acte, celle de l'homme est prédominante, l'adultère étant le plus souvent subi par la femme.

Remarquons aussi, que chez ces peuples turcs, la conduite que les femmes ont eu dans leur jeunesse n'est guère considérée avec plus de sévérité que celle d'un homme dans le même cas. Les Turcs n'étaient pas très éloignés d'avoir réalisé l'unité morale pour les deux sexes.

« Le père d'une nouvelle mariée qui n'a pas préservé sa virginité est passible d'une amende (un cheval ou un habit) » (2). C'est là la seule sanction ; elle ressemble beaucoup à une plaisanterie.

## § 2. — AUTRES CAUSES DU DIVORCE.

Mauvais traitements, injures graves, incapacité ou refus de l'un des époux de remplir ses devoirs conjugaux.

Le mari ou la femme qui accuse son conjoint de l'un de ces motifs doit prouver son accusation au moyen de témoignages dignes de foi. Si ses prétentions sont fondées, le divorce sera prononcé.

Remarquons que, malgré l'introduction de l'islamisme,

---

(1) F. Grenard, *op. cit.*, t. II, p. 122.

(2) V. Dingelstedt, *op. cit.*, p. 15.

les causes de divorce ci-dessus peuvent être invoquées par la femme. Le mari ne peut pas répudier simplement sa femme ; il doit prouver son accusation et ce n'est qu'après qu'il pourra renvoyer sa femme dans sa famille en lui donnant un cheval, un lit et une partie de sa dot.

D'après les mémoires de la Société impériale russe de géographie (Section d'Oranbourg), il y a trois causes particulières de divorce chez les Kirghiz-Kazaks (1) :

A. — Boullou. Planchette, défaut de conformation de la femme, empêchant la consommation du mariage.

Le mari a le droit de demander le divorce ainsi que le Kalym. Mais, comme le défaut de conformation de la femme ne peut être constaté que par son mari, le remboursement du Kalym est retardé car, si entre temps, la divorcée se remarie et qu'elle consomme le nouveau mariage, son premier mari ne pourra plus demander le Kalym, étant donné que la non-consommation du mariage était due à son impuissance.

B. — Chiyin ; incontinence d'urine.

C. — Kiz-teké ; hermaphrodisme de l'un des époux.

---

(1) Ces mémoires, publiés en 1871, ont été brièvement traduits du russe par Mayerczak (*Revue du Monde musulman*, vol. XXXV, années 1917-1918).

## APPENDICE

### La polygamie.

---

La polygamie n'est pas un usage turc. Malgré l'introduction de l'Islamisme qui autorise la polygamie, le monde turc resta monogame.

Tous les orientalistes sont d'accord pour dire que le peuple turc est resté attaché à la monogamie. Les Turcs nomades dits Turkmens, qui sont les ascendants des Turcs qui peuplent la Turquie d'aujourd'hui, et les Turcs sédentaires du Turkestan oriental, ne connaissaient même pas la polygamie. Chez ces peuples, nous dit Grenard, « La polygamie est très peu pratiquée, elle était peut-être inconnue avant l'introduction de l'Islamisme car, elle est aujourd'hui mal vue de la population. Les mollahs, eux-mêmes, ne l'approuvent que du bout des lèvres, ne la conseillent pas, et beaucoup de gens riches se contentent d'une seule femme »... « Les femmes, ajoute Grenard, ont assez d'indépendance et de pouvoir pour faire prévaloir leur volonté » (1).

Au cas où un homme se mariait avec plusieurs femmes, après l'introduction de l'Islamisme, des coutumes bien établies réglaient les relations des épouses entre elles et aussi avec le mari.

Voici quelques règles coutumières des Kirghiz relatives à la polygamie, qui ont été recueillies par Levchine : « La

---

(1) F. Grenard, *op. cit.*, t. II, p. 120.

première femme d'un Kirghiz se nomme Baïbitcha. Elle est la véritable maîtresse de la maison. Si les autres se trouvent sous la même tente, car l'usage, c'est que chaque femme demeure dans sa tente personnelle ; le mari doit respecter la Baïbitcha même s'il ne l'aimait pas. La situation des autres femmes est moins avantageuse. Elles sont cependant égales entre elles. Chaque femme demeure maîtresse absolue de ses biens ; les dots, les troupeaux ne se confondent pas... Ils appartiennent à celles qui les ont apportés. Le mari ne mélange jamais les bestiaux de ses femmes dans le même troupeau » (1). Levchine ajoute que cet usage avait comme but que les biens d'une femme revienne à ses propres enfants et non aux autres enfants de son mari (2).

Il faut se garder cependant de croire, en présence de ces règles, que la polygamie était couramment pratiquée, car le principe est toujours resté la monogamie.

« La grande majorité des Turkmens, déclare Richard, n'ont qu'une seule femme, et n'approuvent point la polygamie » (3).

Cette répugnance a fini par écarter la polygamie, importée de l'étranger, qui était contraire aux nobles mœurs des Turcs.

Aujourd'hui, il n'y a aucune population turque qui pratique la polygamie. En Turquie, avec le code civil de 1926, les Turcs ont vu se réaliser leur aspiration nationale (4).

---

(1) Levchine, *op. cit.*, p. 363.

(2) Levchine, *op. cit.*, p. 365.

(3) F. Grenard, *op. cit.*, t. II, p. 120.

(4) En ce qui concerne les peuples turcs d'Asie Centrale et Occidentale, la polygamie a été abolie par un décret du gouvernement central de l'U. R. S. S. sur la demande des représentants de ces peuples (*Pravda*, 19 février 1921).

Ainsi, ils ont retrouvé leur institution préislamique, qui était en la matière, la monogamie. D'ailleurs « La nature elle-même l'indique comme devant être la règle de l'humanité, en maintenant dans l'espèce humaine l'équilibre numérique des sexes » (1).

Ici se termine la première partie de notre étude, dans laquelle nous avons essayé de dégager le droit coutumier familial des Turcs avant la période islamique, en nous basant surtout sur les usages juridiques des peuples turcs de l'Asie Centrale et Occidentale qui ont subi le moins, parmi d'autres, les influences étrangères, et qui ont ainsi gardé intacte la plupart de leurs coutumes ancestrales.

Ajoutons cependant que dans notre deuxième partie, qui sera consacrée au droit familial musulman, tel qu'il était appliqué chez les Turcs d'Anadolou, nous aurons l'occasion de parler de certaines coutumes turques, ou plutôt de certaines conceptions populaires, qui proviennent de l'époque antéislamique et qui ont empêché, devant l'invasion de la culture arabe, absolument étrangère à l'âme turque, l'effondrement de la famille jusqu'à sa consolidation par le code civil de 1926.

Car il faut bien le remarquer, ce ne sont pas les concepts des fanatiques musulmans qui ont maintenu pendant des siècles la structure morale de la famille turque.

---

(1) Planiol (M.) et Ripert (G.). *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 12<sup>e</sup> éd. 1935, p. 270.

---

## BIBLIOGRAPHIE DE LA PREMIERE PARTIE

---

- ABOULGHAZI (B.). — Chédjérei-türki (Traduit en ture par Vefik Pacha du texte publié par Desmaison).
- AKHONDE-ZADÉ. — L'avare. Comédie en 5 actes, texte azâri, publié et traduit par L. Bouvat, In-8°, Paris 1904.
- AGHA OGLOU (A.). — Hukuk tarihi. In-8°, Istambul 1931.
- BARTHOLD (W.). — Turkmenes. (Encyc. de l'Islam, t. IV, p. 943).
- BARTHOLD (W.). — Le Turkestan à l'époque de la conquête russe. In-8°, Paris 1897.
- BARTHOLD (W.). — Les Turks. Vue d'ensemble historique et ethnographique. (Encyc. de l'Islam, t. IV, p. 947).
- BARTHOLD (W.). — Les Kirghyz. (Encyc. de l'Islam, t. II, p. 1.084).
- BİRİNCİ TÜRK TARİHİ KONGRESİ. — Konferanslar, müzakereler za-bitlari. In-8°, Istambul 1932.
- BOGISIG (V.). — Aperçu des travaux sur le droit coutumier en Russie. In-8°, Paris 1879.
- BOUVAT (L.). — Essai sur la civilisation timouride. Les institutions et la vie sociale. In-8°, Paris 1926.
- CAHUN (Léon). — Introduction à l'histoire de l'Asie (Turcs et Mongols). In-8°, Paris 1896.
- CASTAGNÉ (J.). — Le congrès de turkologie de Bakou (mars 1926). In-8°, Paris 1926.
- CHAVANNES (Ed.). — Documents sur les Tou-Kiue (Turcs) occidentaux. Recueillis et commentés par Ed. Chavannes. In-4°, St-Petersbourg 1903.
- CHÉRÉFÉDDINI-YEZDI. — Zafernamé. Traduction française par La Croix, sous le titre d'Histoire de Tamerlan. Paris.
- DINGELSTEDT (V.). — Le régime patriarcal et le droit coutumier des Kirghiz. In-8°, Paris 1891. (Ext. R. Gén. du droit, lég. jurisp. Année 1890, vol. XIV).
- DOBROMISLOV. — La justice chez les Kirghiz de la province de Tourghaï. In-8°, Kazan 1904.
- DUTREUIL DE RHINS (J.-L.) et GRENARD (F.). — Mission scientifique dans la Haute-Asie (1890-1895). 3 vol. In-4°, Paris 1898. (I. Récit du voyage. II. Le Turkestan et le Tibet. III. Histoire, linguistique, archéologie géographique).

- GRADEKOFF. — Les Kirghiz et les Kara-Kirghiz de la province de Syr-Daria. In-8°, Tachkend 1899.
- GROUSSET (R.). — Les civilisations de l'orient. 4 vol. in-8°, Paris 1930.
- Inscription de l'Orkhon.* — Recueillie par l'expédition finnoise de 1890 et publiée par la Société Finno-Ougrourienne). In-fol., Helsingfors 1892.
- JULIEN (S.-A.). — Documents historique sur les Tou-Kioue (Turcs). Traduit du chinois par S.-A. Julien. In-8°, Paris 1877.
- KOUZNETSOFF. — La lutte des langues et des civilisations en Asie centrale. In-8°, Paris 1912.
- KRAFT (J.-J.). — L'organisation de la justice dans le Turkestan et les provinces des Steppes. In-8°, Kazan 1898.
- LEWCHINES (A.). — Descriptions des Hordes et des Steppes des Kirghiz-Kazaks. Traduit du russe par De Pigny. In-8, Paris 1840.
- MAKSIMOV (N.). — Le Tribunal national chez les Kirghiz. (Journal de la Société juridique russe ; année 1897, liv. VII).
- Mémoires concernant l'Asie centrale.* — (Publiées par l'Académie des Inscriptions et des belles lettres). 2 vol. In-8°, Paris 1913-1919.
- RECLUS (E.). — Géographie universelle (Tome VI).
- RICHARD (G.). — La femme dans l'histoire. In-16°, Paris 1909.
- RICHARD (G.). — L'évolution des mœurs. In-16°, Paris 1925.
- SADRI MAKSOUDI. — Türk hukuk tarihi. (Cours d'histoire du droit turc à la Faculté de Droit d'Ankara). In-4°, Ankara 1929.
- SEREJOVSKI. — Les Yakoutes. In-8°, St.-Petersbourg 1895. (Revue de l'histoire des religions. T. XLVI, n. 3). Paris.
- SINEOKOV (V.). — La colonisation russe en Asie. In-12°, Paris 1929.
- TARİH. — (Histoire publiée par la Société de l'histoire turque). 4 vol. In-8°, Istambul 1932.
- THOMSEN (W.). — Inscription de l'Orkhon déchiffrée. In-8°, Helsingfors 1896.
- TURK TARİHİNİN ANA HATLARI. — (Les lignes essentielles de l'histoire turque, rédigée par la Société de l'histoire turque). In-8°, Istambul 1931.
- VINOGRADOFF (P.). — Principes historiques du Droit. Traduit de l'anglais par Duez et Des Longrais. In-8°, Paris 1924.
- YOUSOUF KHASS HADJIB. — Koutatgou Bilig. Kachghar 1069. (Koutatgou Bilig ou Kutatko Bilik est le plus ancien ouvrage que nous possédons en langue turque. C'est un traité

de morale pratique et de Droit administratif, composé en vers. Ce manuscrit ouïgour d'une grande importance a été traduit et publié par Vambéry et Radloff, Berlin 1891).

ZEKI VELIDI. — Türk tatar tarihi. In-8°, Kazan 1912.

## PÉRIODIQUES.

*Journal Asiatique*. — Recueil de mémoires, d'extraits et de notices relatifs aux études orientales, publié par la Société asiatique. (Depuis 1822). Paris.

*Journal de la Société Finno-Ougrourienne* (Depuis 1890). Helsingfors

*Türk hukuk ve iktisat tarihi mecmuasi*. — Publié par l'Institut de turkologie de l'Université d'Istanbul sous la direction du professeur Fuad Köprülü.

---



## DEUXIÈME PARTIE

### Le lien du mariage dans le droit musulman.

#### Son introduction en Turquie.

---

#### CHAPITRE PREMIER

#### Notions générales.

---

#### § 1. — NOTIONS HISTORIQUES SUR LE RÔLE DE L'ISLAM DANS LA SOCIÉTÉ TURQUE.

Après la défaite de Nihavend des Iraniens, les portes de l'Asie se trouvaient ouvertes à l'invasion arabe. A partir de 705, les armées de ces derniers commençaient à marcher vers les régions turques de l'Asie, dans le but de semer la religion musulmane.

A cette époque, les Turcs se trouvaient dans un désordre complet. L'Etat Touk-You, fondé au iv<sup>e</sup> siècle, était divisé depuis longtemps en deux : Etat Touk-You oriental et Etat Touk-You occidental. Celui de l'orient venait d'être battu par les Chinois (630). Pendant cette période qui dura environ un demi-siècle, les Turcs ne se tinrent jamais absolument tranquilles ; *ils cherchèrent plus d'une fois à recouvrer leur liberté.*

Dans l'Etat occidental, régnaient de grands troubles intérieurs.

Mais malgré cette désorganisation temporaire, les Turcs ont résisté près de trois siècles. Ils n'ont pas voulu se soumettre aux troupes venant de l'étranger, qui après avoir occupées une ville, massacraient la population, gaspillaient les biens et voulaient ensuite professer la religion de Mohamed. Les armées arabes voulaient ainsi, en quelque sorte, se faire payer avant de donner les enseignements divins.

L'islamisation de la grande majorité des Turcs ne date que de 963, et seulement lorsque les Turcs eux-mêmes voulurent fonder un Etat ture, musulman qui fut l'Etat des Samanites.

En adoptant l'Islam, les Turcs n'avaient ni changé de mentalité, ni renoncé à leurs traditions. L'influence de la religion n'avait pas pu abolir chez eux l'esprit de leur race. Dans les premiers essais des Turcs devenus musulmans, l'enthousiasme pour l'Islam s'alliait au sentiment ture. L'épopée de Seyyid Battâl en est un exemple (1).

Le voyage qu'Ibn Batoutah a entrepris en Anadolou près de quatre siècles après l'islamisation des habitants tures de cette contrée, nous rapporte des témoignages qui prouvent bien que les Turcs, en embrassant la nouvelle religion, voulaient cependant garder la plupart de leurs usages. C'est ainsi que malgré les prescriptions coraniques, la femme turque de l'Anadolou ne portait pas le voile et que les hommes suivaient les cortèges funèbres tête découverte.

Voici d'ailleurs quelques passages des mémoires d'Ibn Batoutah relatifs à ces questions :

---

(1) Köprülü M. Fuad. Türk edebiyatında ilk mutasavvıflar (Les premiers mystiques de la littérature). In-8°, Istanbul 1919.

« ... Nos voisins des deux sexes prenaient soin de nous, les femmes n'étaient pas voilées... » (1).

Puis, parlant de la princesse Taghi Khan qui l'a reçu, Batoutah écrit : « ... Nous la visitâmes. Elle se leva devant nous, nous donna le salut, nous parla avec bonté... » (2).

Voici, d'autre part, la description d'un enterrement : « ... Quatre jours après notre arrivée à Sanouh (cette ville doit être Samsoum), la mère de l'Emir Ibrahim y mourut ; je suivis son cortège funèbre. Son fils le suivit à pied, la tête découverte. Quand au Cadhi... et aux Fakihs, ils retournèrent leurs vêtements mais ils ne découvrirent pas leur tête » (3).

D'ailleurs il ne faut pas trop chercher dans les mémoires d'Ibn Batoutah, musulman fervent, des détails sur les manquements aux règles religieuses des Turcs d'Anadolou. En tout cas, ces manquements étaient généraux et Ibn Batoutah, qui semble ne pas faire état de cette indépendance, se montre satisfait lorsqu'il visite des villes dans lesquelles les prescriptions coraniques sont strictement observées. En parlant par exemple de la ville de Ladik (Lazkiyé), il déclare que « les habitants de cette ville ne réforment pas les choses défendues par la loi... » (4).

Il faut encore signaler le grand œuvre national de l'Etat des Seldjoukides. Après la mort de Melik Chah, l'Empire Seldjoukide se trouve définitivement constitué, et Atâeddin Keykoubad fait de Sivas, Konya et Erzuroum les centres d'une brillante civilisation. Malgré le caractère islamique

---

(1) Ibn Batoutah. Voyage d'Ibn Batoutah dans l'Asie Mineure. Traduit l'arabe et accompagné de notes historiques et géographiques par Defrémery. In-8°, Paris 1851, p. 9.

(2) Ibn Batoutah, *op. cit.*, p. 40.

(3) Ibn Batoutah, *op. cit.*, p. 96.

(4) Ibn Batoutah, *op. cit.*, p. 26.

de cet Etat turc, et les divers éléments qui le composaient, l'esprit turc sut former un art national dans lequel, comme l'a déjà exprimé Köprülü Fuad, dans son remarquable ouvrage sur les premiers mystiques de la littérature turque (2), on reconnaît l'originalité et le génie de la race.

Mais malheureusement, par la suite, tous ces efforts du peuple turc d'Anadolou et de ses chefs, pour garder une existence nationale, seront étouffés. L'Etat ottoman, fondé en 1252 par Othman prend, petit à petit, le caractère d'un Etat théocratique. Les Soufis, venus de l'Iran et de l'Arabie, commencent à exercer sur les chefs de cette dynastie une grande influence.

Le Sultan Salim I<sup>er</sup>, après la conquête de l'Egypte en 1518, ressuscite le Khalifat, presque mort à cette époque. Ainsi le chef de l'Etat ottoman devient le défenseur des croyants, le contrôleur et la police des prescriptions religieuses.

Peu après, la classe religieuse et son chef, le Cheik-ul-Islam, assurent le triomphe du fanatisme grâce aux souverains de faible volonté. Le pouvoir requis pour la gestion des affaires de l'Etat est dévolu aux grands vezirs qui ne sont que les exécuteurs des ordres de la classe noire. Cette compagnie, devenue ainsi maîtresse de l'Etat, déclarait que tout doit être régi suivant les règles de la religion. Le droit ne peut avoir d'autre source que le Coran, et les interprétations de celui-ci par le Cheik-ul-Islam.

Les usages juridiques si nobles que les Turcs ont pu garder de l'époque préislamique devaient être abandonnés.

« La femme, camarade de vie, compagnon le plus naturel de l'homme chez les Turcs de l'Asie Centrale, la femme

---

(1) Köprülü Fuad, *op. cit.*

conseillère de l'homme, aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du foyer, devient en Anadolou, chez les Turcs ottomans, la prisonnière du Konak » (1).

Remarquons cependant que l'usage de cette réclusion ne fut soigneusement observé que dans les grandes villes. La propagande islamique ne put influencer sensiblement les campagnes. Dès qu'on quittait les villes, l'activité de la femme faisait un contraste frappant avec la passivité générale de celles de la ville. On rencontrait soudain une population féminine robuste, délurée, rieuse et brave, qui se campait dans la vie sociale de façon inattendue. Cette indépendance se maintiendra avec beaucoup de difficulté devant les assauts de la classe religieuse.

Il était d'autre part formellement interdit de parler de l'existence d'une civilisation, d'une science, d'un art turcs préislamiques. C'était un péché mortel de dire qu'il y avait eu un temps où les Turcs professaient d'autres religions. L'époque préislamique était désignée par les mots : « l'Ere de l'ignorance » et l'humanité, d'après la classe religieuse, se divisait en deux groupes : les croyants et les infidèles (1).

Le droit musulman, au lieu d'être un lien social pour les populations si diverses de l'Empire, fut au contraire la source de la division. Le non-musulman et même le musulman d'une autre secte que celle des dirigeants, n'étaient pas considérés comme citoyens ; leur témoignage, par exemple, devant les tribunaux ne pouvait pas être admis contre celui d'un musulman.

---

(1) Z. Hahri. Ziya Gökalp (Essai sur l'influence de la sociologie française en Turquie. Thèse Lettres, Strasbourg 1935, p. 122). Voir aussi l'article de Mansouri Zâde Saïd dans « Islam mecmuası » et la réponse d'Amed Naim (Sebil-ür-Rechad) I.12, p. 217.

(2) Voir dans le Dalloz, jurisprudence générale, une note très intéressante de M. Boeck sur la Nationalité musulmane, 1908, 2-121. Et Saba (J.-S.), L'Islam et la nationalité, thèse, Paris 1931.

Cette inégalité de traitement fut la cause essentielle des Capitulations. Les dispositions du Chéri, fondées sur les préceptes du Coran, ne pouvaient pas s'appliquer à des populations non musulmanes. La « nature religieuse du droit islamique obligea tous les gouvernements de la Sublime Porte à accorder aux étrangers des garanties judiciaires et aux minorités non musulmanes, une existence presque autonome en marge de la société turque. D'où une situation d'une complexité inouïe au point de vue législatif, administratif et judiciaire » (1).

On essaya d'améliorer au cours du XIX<sup>e</sup> siècle ce caractère théocratique, absolu de l'Etat. Un mouvement libéral s'inspirant des idées des encyclopédistes et de la révolution française se manifesta contre le fanatisme qui tenait l'esprit national fermé à toutes les lumières de la science. Ce mouvement vers une réorganisation, qui était désigné sous le nom de Tanzimat (2), n'a donné aucun réel résultat.

La charte proclamée le 3 novembre 1839 aux populations de l'empire dans la plaine de Gulhané en présence du Sultan Abdul-Medjid, ne fut guère appliquée. Elle était qualifiée d'impie par la classe religieuse.

Lors de la guerre de Crimée en 1853, l'Angleterre demandait au Sultan de se montrer libéral et d'admettre que chacun de ses sujets soit libre de renoncer à sa foi et de choisir à volonté sa religion. Voici quelques extraits de la réponse officielle de la Sublime Porte qui témoignent de l'influence considérable que les Ulemas avaient sur la marche de la politique de l'Etat.

---

(1) Gentizon (P.). Mustapha Kemal ou l'Orient en marche. In-8°, Paris 1929, p. 201 et suiv.

(2) Voir Engelhardt. La Turquie et le Tanzimat ou Histoire des réformes dans l'empire ottoman depuis 1826 jusqu'à nos jours. 2 vol. in-8°, Paris 1883-1884.

« ... En politique, nous serons toujours pleins de déférence pour les conseils de l'Europe. Mais en matière religieuse, nous avons besoin de garder toute notre indépendance. La religion est à la base de nos lois, les principes mêmes de notre gouvernement... Si le Sultan cédait à une pareille exigence, il ne serait plus le chef spirituel de la nation. Nous pouvons vous assurer, par voie diplomatique, que la peine de mort ne sera plus prononcée contre les rénégats et blasphémateurs mahométans. Mais, proclamer cette concession dans un acte public serait provoquer dans la classe populaire et parmi les Ulemas une explosion de fanatisme que nous serions impuissants à réprimer » (1).

Bref, l'Etat reste toujours un Etat purement théocratique, et son droit reste également fondé sur la religion. Cependant les nécessités commerciales obligent la Porte à élaborer une loi sur les transactions commerciales. Ce code, dit le Medjellé, qui entra en vigueur le 10 mars 1868, ne s'écartait en rien de la doctrine juridique de l'Islam. Il était très loin de poser des principes généraux du droit commercial, et il n'a rien changé dans l'anarchie de la législation.

Le statut personnel était entièrement abandonné aux juristes de l'Islam. L'Etat n'avait rien à faire dans ce domaine.

La classe religieuse, qui se proposait d'expliquer le Coran et de régler la vie d'après lui, se perdait dans des subtilités absurdes, dans l'invention d'hypothèses qui ne se réalisaient jamais. Le droit successoral notamment, avec ses hypothèses variées, est de très bonne heure le domaine favori et tout désigné de cette catégorie d'intellectuels. Dans les règles relatives au bien du mariage on

---

(1) Gentizon (P.), *op. cit.*, p. 207.

constate une déplorable absence d'unité de conception fondamentale, où les diverses données du droit s'harmonisent et forment des rayons projetés par un foyer commun.

Voici d'ailleurs un exemple qui nous démontrera davantage la valeur positive des travaux de ces juristes.

D'après eux, les démons prennent souvent figure humaine, par conséquent ils examinent sérieusement si de tels êtres peuvent se marier avec des humains. Ils fournissent des éclaircissements sur le mariage d'hommes véritables avec des fées, ils discutent la question de savoir comment il faut traiter la descendance née de telles unions.

La question de savoir si les anges sont, en droit, capables d'acquérir la propriété est aussi débattue juridiquement dans Subki (1).

Mais la religion musulmane ne doit pas être rendue responsable de toutes les injustices, de tous les abus de pouvoir et des absurdités qu'elle a souvent servi à couvrir. Les pères de l'Eglise, qui s'imposent après la naissance de chaque religion, ont la manie d'en ridiculiser les premières données et de les rendre invraisemblables par des adjonctions à base légendaire, au lieu de les assouplir et de les adapter à l'évolution humaine.

Le lien du mariage, que nous allons étudier tel qu'il était admis par la classe religieuse de l'Empire ottoman, nous donnera une idée plus claire encore de l'incohérence et du désordre du droit musulman, fruit de plusieurs siècles d'anarchie doctorale.

---

(1) Golgziher. Le dogme et la loi de l'Islam. In-8°, Paris 1920, p. 61.

## § 2. — LES SOURCES DU DROIT MUSULMAN.

A. — *Le Coran.*

L'Islam considère le Coran comme sa loi suprême et fondamentale. L'Islam déclare qu'il n'est pas composé ou créé, mais qu'il est d'une origine divine, et qu'il est éternel.

Cette affirmation constitue un article de foi pour les Musulmans. Cependant, la secte des Mutazalites, fondée dans le premier siècle de l'hégire (1) par Ibn Ata, nie la divinité du Coran, et admet la confection humaine. Cette conception a même été proclamée par le calife Abbasside Mamoun dans un édit de l'année 212 de l'hégire (834 J. C.).

Mais cette affirmation n'a pas eu d'écho dans les cercles musulmans, car le Coran lui-même contient les versets qui empêchent pareille orientation.

Le Coran, d'après l'exemplaire donné par le Calife Osman, se compose de cent quatorze chapitres et six mille deux cents vingt cinq versets. L'authenticité de cet exemplaire a été vivement contestée par les partisans d'Ali. Suivant l'opinion de ces derniers, Osman a négligé de consulter certains manuscrits possédés par Ali, et il a supprimé, d'autre part, des passages entiers concernant Ali.

Ce désaccord sur l'authenticité du Coran est le résultat de ce fait que, durant la vie du prophète, personne n'a songé à rédiger les paroles qui, d'après la tradition, ont

---

(1) L'hégire et la fuite de Mahomet de la Mecque à Médine en l'année 622 de l'ère chrétienne. D'après l'historien Tobari, c'est le prophète qui aurait lui-même fixé le point de départ de l'hégire; mais suivant d'autres historiens, cette fixation serait l'œuvre du Calife Omar sur le conseil d'Ali (Weil. Histoire des Califes. t. I, p. 123).

été révélées à Mahomet par fragments et à des moments différents. L'ensemble de ces révélations qui forme le livre saint de l'Islam était confié à la mémoire des fidèles. Ce n'est qu'après la mort de Mahomet qu'on a senti le besoin d'une rédaction. Cette charge a été confiée à Zaid par le Calife Abou Bekir. La rédaction a été achevée à l'époque du Calife Osman et c'est ainsi qu'est apparu le premier exemplaire du Coran.

Nous sommes de l'avis de ceux qui voient dans le Coran un chef-d'œuvre de la littérature arabe. Mais quant à son caractère, qui d'après ses commentateurs, est universel, absorbant et réglant tous les faits humains, soit dans la vie privée, soit dans la vie publique ou religieuse, et cela uniquement parce que dans le chapitre VI, il est déclaré que rien n'est omis, nous nous excusons de ne pas lui accorder cette qualité qui, à notre avis, n'augmenterait pas sa valeur. Il suffit de rappeler la Sounnah, qui est considérée comme source complémentaire, ce qui prouve que le Coran a omis certains faits.

Le Coran contient plusieurs versets contradictoires. Pour les aplanir en appliquant le principe d'après lequel les prescriptions postérieures impliquent l'abrogation des prescriptions antérieures, il faudrait connaître les dates respectives ; mais l'ordre chronologique de ces versets reste toujours discuté (1).

Nous terminerons l'analyse de cette source, qui est la principale du droit musulman, en disant que le Coran ne constitue pas un corps de doctrine où l'on doive chercher des lois civiles des musulmans. Mahomet n'avait pas

---

(1) Pour la théorie de l'abrogation, voir Al Bayan, Calcutta 1910, p. 530.

la méthode d'un législateur, non plus que l'esprit d'un juriconsulte.

Il n'a disposé dans son livre, pour tout ce qui est du domaine du droit, que des règles très générales ou des décisions d'espèce, négligeant la réalisation, et insoucieux de laisser un monument juridique. C'était aux pères, aux disciples de sa religion, dépositaires de ses traditions de l'édifier. L'œuvre n'était d'ailleurs point aisée en raison de l'obscurité et parfois de la contrariété des données des deux sources : le Coran et la Sounnah.

Citons quelques versets du Coran relatifs à des questions juridiques.

« N'épousez pas les femmes qui ont été les épouses de vos pères... toutefois, laissez subsister ce qui est accompli » (1).

« ... Restituez aux orphelins, devenus majeurs, leurs biens ; ne substituez pas le mauvais (de vos biens) au bon (qui leur appartient). Ne consommez pas leur héritage en le confondant avec le vôtre, c'est un crime énorme... Que le tuteur riche s'abstienne de toucher aux biens de ses pupilles. Celui qui est pauvre ne doit en user qu'avec discrétion » (2).

Et voici la sanction de ces règles :

« Ceux qui dévorant iniquement l'héritage des orphelins introduisent le feu dans leurs entrailles et seront, un jour, consumés par les flammes ardentes » (3).

---

(1) Le Coran, chap. IV, verset 26 (trad. Kazimirski, *op. cit.*, p. 67).

(2) Le Coran, chap. IV, versets 2 et 6 (trad. Kazimirski, *op. cit.*, p. 64).

(3) Le Coran, chap. IV, verset 11 (trad. Kazimirski, *op. cit.*, p. 65).

B. — *La Sounnah.*

La deuxième source du droit musulman, ou source complémentaire, est la Sounnah. C'est un recueil des lois traditionnelles, basées sur les paroles et les actes du prophète. Mahomet, durant sa vie, joua le rôle de conciliateur dans les discussions qui s'élevaient entre ses disciples. Après sa mort, lorsqu'un conflit surgissait, soit entre deux individus, soit entre deux groupes de la société musulmane, dont la solution ne se trouvait pas dans le Coran, on consultait les compagnons du prophète afin de savoir s'ils se souvenaient d'une sentence ou d'une action du prophète permettant d'inférer la décision qu'il eut prise sur la question qui provoquait leur conflit. On liquidait ainsi la plupart des questions. Mais après la mort des compagnons immédiats du prophète, la situation devint compliquée car, malgré l'affirmation du Coran, d'après laquelle rien n'y était omis, la solution de plusieurs questions ne se trouvait pas dans le livre saint de l'Islam.

Alors, on commença à recueillir, à rédiger, tous les récits ayant trait à la vie et aux décisions du Mahomet et en questionnant les personnes qui pouvaient passer comme les ayants-cause de ces récits ; et la Sounnah, au début tradition orale, devint ainsi une partie complémentaire du droit écrit.

Ce recueil est sacré comme le Coran, car Mahomet est considéré, non seulement comme un prophète, un homme inspiré par Dieu, mais comme un envoyé (resoul) d'Allah. « Dès que Dieu l'eut choisi, le prophète resta une grande partie de sa vie sous l'impression d'une inspiration latente, telle que son langage et sa conduite ont traduit, au contact des êtres animés et des choses, mille précieuses vérités

que les générations successives se sont légué, comme l'expression de ce que l'homme doit croire de ce qu'il doit faire (1).

Allah parlait par sa bouche, et même parfois l'autorité de ses récits étant donné leur clarté en comparaison du Coran, étaient devancées au livre saint. Le fait suivant en est une preuve : Ali gendre du prophète, avait donné une instruction à Abdoullah Ibn Abbas, en l'envoyant négocier avec les rebelles. Dans cette instruction, Ali disait notamment : « — Ne leur opposez pas le Coran, car il comporte des explications diverses et a plusieurs points d'échappatoire » (2).

Le nombre de ces récits (Hadith) est assez considérable, et si on lit de près l'histoire des premiers siècles de l'Islam, on ne peut pas admettre sans réserve leur véracité. La plupart de ces récits sont faits par Aycha, veuve du prophète, et par Ibn Abbas. Et on sait, d'autre part, que ces derniers, pour développer leur influence et complaire à leur parti politique, ne craignaient pas de donner cours aux récits les plus extraordinaires.

Pourtant on avait déclaré que le gouffre de l'enfer était préparé pour ceux qui attribueraient à Mahomet des propos qu'il n'avait pas tenus. Mais, bien entendu, rien n'était plus facile que de trouver d'autres récits qui justifieraient les paroles, même faussement avancées.

On suppose que Mahomet aurait reconnu d'avance ce procédé : « ... Après ma mort, *aurait-il dit*, les paroles attribuées à moi se multiplieront, de même que l'on en a attribuées à nombre de prophètes antérieurs (paroles qui en

---

(1) Arminjon. Le code civil et l'Egypte (Le code civil. Livre du centenaire. 2 vol. in-8", Paris 1904, t. II, p. 735).

(2) Nahz-al-balāga. Edit. Abdouh, Beyrouth 1907, t. II, n° 75 (Cité par Godziler, *op. cit.*, p. 32).

réalité ne venaient pas d'eux)... Ce que l'on dit comme ayant été dit par moi, vous devez le comparer avec le livre de Dieu. Ce qui est d'accord avec lui est de moi, que je l'aie réellement dit ou non » (1).

Ainsi on arrive à ce résultat que « Mohamet dit cela » veut dire : cela est juste, conforme à la religion, et Mahomet y donnerait son consentement.

On voit quelle fragilité représente cette source du droit musulman.

Voici un exemple de Hadith qui se trouve dans le « Recueil des Hadiths » de Moslim (T. I., p. 437) : « On raconte que le prophète a demandé à Ibn Cho'ba : — « Est-ce que vous avez vu votre fiancée ? ». Il a répondu par la négative et le prophète lui a dit : — « Il faut la voir parce qu'elle peut être votre compagne toute votre vie ». Comme le Coran ne contient aucun verset sur cette question, on se base sur ce récit pour accorder au fiancé le droit de voir sa fiancée avant la célébration du mariage.

#### C. — *Idjma-i-ummet*. « Consultation juridique ».

A côté des sources que nous venons d'analyser, et qui sont des sources de pure révélation, il en existe encore deux autres, dont la première est l'*Idjma-i-ummet*.

Durant la vie de Mohamet, à plusieurs reprises, la question de l'interprétation du Coran, et l'application à donner aux préceptes de la révélation se posa.

Mahomet a, pour cet effet, inauguré une assemblée consultative qui se composait de ses compagnons. Les solutions de cette assemblée constituent une source complémentaire du droit musulman.

---

(1) Goldziher, *op. cit.*, p. 38.

D. — *Kiyasi-foukaha.*. *Les rites jurisprudentiels de l'Islam.*

L'interprétation des enseignements du Coran, comme nous venons de le dire, se posait même du vivant de Mahomet, et le prophète mettait constamment en pratique les directives qui en découlaient.

Comme il s'agissait d'envoyer au Yemen un jurisconsulte nommé Moaz Ibn Djebel, et de lui donner pleins pouvoirs pour administrer le pays, le prophète, s'adressant à Moaz lui dit : « Comment jugeras-tu les différends qui seront portés devant toi ? » — « En me référant à la parole d'Allah et en l'appliquant », répondit Moaz. — « Et si tu ne trouves pas de dispositions applicables ? » — « J'aurai recours à la conduite du prophète ». — « Et si cela ne suffit pas ? » — « J'userai de l'effort législatif (idjtihad) ».

Cette recherche, cet effort, qui consiste à établir des analogies entre les cas prévus, déjà tranchés, et ceux qui se présentent pour la première fois, est considéré comme légitime.

L'emploi de l'analogie (Kiyas) acquiert par la suite une autorité systématique dans la recherche des mobiles de la loi (*ratio legis*) et dans la recherche ayant pour objet de ramener les cas douteux à un point de vue rationnel.

Les bases de l'Idjtihad sont le Coran et la Sounnah.

Mais dès le second siècle de l'hégire, les savants de l'Islam, qui se préoccupaient particulièrement des questions juridiques, se trouvent en opposition au point de vue de l'interprétation du Coran et de la Sounnah.

En effet, le Fikh, qui est dans l'Islam le nom de la science de la loi, comprend actuellement quatre directions, dont chacune forme une école (rite).

Ces quatre écoles qui se sont maintenues jusqu'à ce jour sont les suivantes...Elles tirent leurs noms des Imams (1) à la doctrine desquels elles doivent leur première origine.

### 1° *Le rite Hanefite.*

Le premier et le plus ancien des rites est celui des Hanefites, fondé par l'Imam Abou Hanifa (2), dont le système se distingue surtout par la modération dans l'application des prescriptions religieuses. Il applique le raisonnement par analogie (Kiyas), là où les autres Imams s'en tiennent à la lettre du Coran et de la Sounnah.

Le rite hanefite, au début des premiers siècles de l'Islam, semblait avoir une grande prépondérance, qui disparaîtra successivement de l'Arabie, de l'Afrique du Nord, de l'Iran, pour prévaloir et dominer en Turquie.

C'est le rite le moins rigide de l'Islam.

### 2° *Le rite Chaféite.*

Ce rite, fondé par Idris Chafi'i, a été le rite officiel des Califes abbassides.

### 3° et 4° *Le rite Malekite et le rite Hambelite.*

Le premier qui a comme fondateur Malik Ibn Anas, domine encore aujourd'hui en Tunisie, en Algérie et au Maroc.

Le rite Hambelite, fondé par Ibn Hambel, est le plus strict des rites jurisprudentiels.

Les doctrines de ces diverses écoles ont été exposées, dès le début de leur naissance, dans les ouvrages dogmatiques.

(1) Le mot Imam signifie littéralement : celui qui est à la tête. Ce nom est donné aux docteurs dont les écrits, dans les premiers siècles, ont fixé le dogme de l'Islam. Courroy, *Journal Asiatique*, année 1851, p. 220.

(2) Abou Hanifah est né à Koufah en l'année 81 de l'hégire, et mourut en prison à Bagdad à l'âge de 70 ans.

Par exemple, les Hanefites ont pour source le Djami-er-Roumouz du Khourassani. Les Malekites, la Mauwatt'â, dont l'auteur est Ibn Malek, fondateur même du rite.

Ces rites par leurs conceptions d'ensemble peuvent être groupés en deux classes :

1. — D'une part, le rite Hanefite et le rite Chafeite se distinguent par leur tendance libérale, et la souci d'une interprétation rationnelle des textes du Coran.

2. — Au contraire, le rite Malekite et le rite Hambéite s'attachent exclusivement, par défiance du raisonnement humain, à la lettre des textes.

Remarquons, d'autre part, que les décisions rendues par le Cheikh-ul-Islam (1) constituent également une source du droit islamique. Ses décisions qui forment un recueil de jurisprudence ont une certaine autorité.

Lorsqu'on veut son opinion, le procédé suivant est employé : on écrit à ce chef religieux en énumérant et en ex-

---

(1) Le mot Cheikh-ul-Islam est apparu au 4<sup>e</sup> siècle de l'hégire comme un titre accordé aux savants et érudits de l'Islam. Parmi les juges religieux, ceux-là sont cheikh-ul-Islam, qui résolvent des différends et des questions d'ordre général » (Ilmiye Salnamesi. in-8°, Istambul 1916, p. 306). Mais ce titre a gagné plus d'éclat quand il a été appliqué plus spécialement au juge religieux (Mufti) d'Istambul, dont la fonction dans l'empire des Sultans ottomans a acquis avec le temps une importance religieuse et politique sans pareille dans les autres pays musulmans.

Sous Selim I, la grande influence du Mufti d'Istambul commence à se manifester particulièrement pendant les vingt quatre années que le célèbre Zembilli Ai Djemali Efendi occupait cette fonction. A partir de cette époque, le Mufti d'Istambul, qui porte le nom de Cheikh-ul-Islam, acquiert une autorité incontestable sur tous les Ulemas de l'empire, y compris les juges de tous rangs. Le Cheikh-ul-Islamat devint un poste d'Etat, dont le chef était le grand maître de la justice et de la classe religieuse.

L'organisation des Ulemas et juges de l'empire, sous la direction d'un chef religieux, après la prise de Constantinople, semble avoir été influencée par le système hiérarchique qui existait sous le patriarcat oecuménique. On peut aussi voir, dans le Cheikh-ul-Islamat, une survivance de l'ancienne mystique religieuse dans l'Etat ottoman, tradition qui demandait à côté du pouvoir séculaire, une autorité religieuse n'ayant pas de pouvoir judiciaire, mais représentant, pour ainsi dire, la conscience religieuse du peuple (Encyclopédie de l'Islam. T. IV, p. 285).

pliquant tous les détails de la question litigieuse. Le Cheikh-ul-Islam, après avoir lu cet exposé, ajoute, dans le bas de la demande, son opinion. Voici un exemple de Fetwâ, relatif au divorce, à cause de maladie grave de l'époux, qui a été rendu par le Cheikh-ul-Islam en date du 10 mars 1333 (1917), et qui se trouve en tête d'un projet de loi que nous étudierons plus tard. La question lui a été posée en ces termes : « Une femme dont le mari contracte, après le mariage, une aliénation mentale, la lèpre, ... ou quelque autre maladie grave, ou qui constate, après la célébration du mariage, que son mari était atteint de l'une de ces maladies, est-elle à même de réclamer le divorce ? »

« Oui, mais dans certaines conditions... » a répondu le Cheikh-ul-Islam.

Cette question et sa réponse constituent un Fetwâ, et le contenu doit en être observé par les Cadihs, jusqu'au moment où un autre Cheikh-ul-Islam, ou le même, rendra un Fetwâ diamétralement opposé au précédent. On a vu des Fetwâ qui abrogeaient le soir ce qui avait été dit le matin.

---

## CHAPITRE II

### Conditions naturelles d'aptitude au mariage.

---

Pour dégager les conditions du mariage musulman, nous suivrons un ordre qui n'est pas en réalité l'ordre du droit islamique. C'est ainsi que nous parlerons, par exemple, de la puberté, sans que celle-ci soit une des conditions du mariage, dans le but de démontrer les particularités de cette institution.

#### § 1. — DE LA DIFFÉRENCE DE SEXE ET DE LA CONCORDANCE

##### D'ESPÈCE.

Les époux doivent être de sexe différent. L'union entre deux personnes du même sexe est inexistante.

Les époux doivent aussi appartenir au même genre de créature. Par exemple, le mariage avec une fée (djinne) ou avec un poisson ressemblant à l'homme, n'est pas admis. Cette condition bizarre est longuement débattue dans les livres du Fihk, et est traitée avec la même gravité que n'importe quel point de la loi coranique.

Plusieurs sont les partisans de cette union, parmi lesquels se trouve notamment Hasan-Al-Bassri, qui cite dans son ouvrage des mariages de ce genre. Ibn Khallikan, de son côté, parle d'un frère de lait des fées (Ibn Khallikan N. 763).

On a fait prévaloir cependant, qu'au point de vue de la loi religieuse, la validité de pareilles unions ne pouvait être

admise. Un verset du Coran déclare en effet que « Dieu vous a choisi des épouses de votre race... » (1).

## § 2. — DE LA CONCORDANCE DE CROYANCE.

Les époux doivent s'accorder dans les lignes essentielles de leur croyance avant le mariage. L'épouse ne doit pas notamment être païenne. Elle doit être musulmane, chrétienne ou israélite. Cette condition est spéciale pour les femmes, car une femme musulmane ne peut épouser qu'un musulman.

On explique cette règle par le fait que la femme non musulmane est destinée à se convertir un jour dans la religion de son mari musulman, mais que le mari non musulman ne se convertirait pas facilement dans la religion de sa femme.

## § 3. — DE L'IMPUBERTÉ.

Le droit musulman dispose que pour acquérir ou aliéner des terres, ou pour se marier, l'âge de la puberté doit être atteint.

La puberté qui, en droit musulman, coïncide avec la majorité, n'a pas d'échéance légale. Son apparition, que les juristes de l'Islam considèrent variable selon les individus, doit être arbitrée d'après des signes extérieurs. Au lieu d'assigner à la puberté une époque précise, ils ont préféré laisser régner l'incertitude pour ne pas altérer l'autorité paternelle. Car la puberté met fin à la minorité de l'homme, selon les quatre rites, et de la femme, dans les doctrines Hanéfites et Chafeites.

Toutefois, il faut signaler que la puberté, condition natu-

---

(1) Le Coran. Chap. XVI; verset 74. (Trad. Kazimlirski, *op. cit.*, p. 214).

relle d'aptitude au mariage, n'est qu'un principe. Cette règle comportait tellement d'exceptions qu'elle n'existait guère qu'en théorie.

#### § 4. — DU CONSENTEMENT DES ÉPOUX.

Le mariage se réalise par le consentement mutuel des époux. Cette condition n'est que pour les pubères, car les mineurs peuvent se marier avec le seul consentement de leur père ou tuteur.

D'après certaines décisions des juges religieux, la concordance de l'offre et de l'acceptation doit avoir lieu dans une même séance légale. On entend par séance légale, l'unité de lieu, de question et de sujet.

Si, après l'offre de l'une des parties, l'autre s'occupe d'autre chose au lieu de répondre, ou bien si elle ne répond pas dans les termes de la demande, le mariage n'est pas valable. Par exemple, à la question : — « M'épousez-vous avec une donation nuptiale de mille piastres ? », la réponse : — « J'accepte, mais non la donation », n'est pas suffisante.

Le rite Malekite n'admet pas la nécessité du consentement de la femme. La jeune fille peut être mariée d'autorité par son père même si elle est déjà pubère. On admet cependant que le père ne peut contraindre sa fille au mariage, si elle a perdu sa virginité du fait d'un premier mariage. En somme, d'après cette école, la jeune fille ne peut devenir sui-juris par l'effet de la seule émancipation de l'âge. Son père peut donc la condamner tant qu'il veut au célibat. Ce rite, dont les partisans voulaient garder les mœurs patriarcales des anciens temps, veut que le consentement du futur époux, s'il est pubère, soit indispensable,

mais non celui de la femme qui reste, jusqu'à la conclusion du mariage, sous la puissance de ses parents.

Le rite Hanefite qui prévalait en Turquie, exigeait le consentement de la future épouse. Ajoutons qu'il était permis de donner mandat à une personne pour contracter mariage au nom du mandant.

Et même dans les cas suivants, le mariage pouvait avoir lieu par l'effet de paroles prononcées par une seule personne :

a) Lorsqu'une même personne est le tuteur des deux parties.

b) Lorsqu'une même personne est le mandataire de l'une et le tuteur de l'autre.

Quant à la qualité du consentement, le droit musulman n'est pas exigeant. Il admet, en effet, qu'un consentement réel et sain n'est pas obligatoire. Le mariage par plaisanterie ou par violence est valable, car Mahomet aurait dit que la plaisanterie équivaut à la réalité pour trois choses : le mariage, le serment et l'affranchissement.

---

### CHAPITRE III

#### Prohibitions fondées sur des causes particulières.

---

##### § 1. — DE LA PARENTÉ ET DE L'ALLIANCE.

A. — La parenté (Karabet), d'après les termes mêmes du Coran (1), est un empêchement au mariage dans les degrés suivants :

a) Avec les descendants, le mariage est interdit en ligne directe et à l'infini. Mais en ligne collatérale, l'interdiction existe seulement entre frère et sœur, oncle et nièce et tante et neveu.

b) Avec les descendants, en ligne directe et à l'infini.

B. — L'alliance (moussahéret) constitue également un empêchement au mariage dans les cas suivants :

a) Avec les filles et les petites filles de la femme qu'on a épousée lorsque le mariage est consommé.

b) Avec les ascendants de la femme.

Ce deuxième empêchement au mariage, l'alliance, est considérée comme moins rigide que la parenté. En effet, le mariage entre deux personnes liées par une alliance n'est pas inexistant, mais seulement annulable (faside).

Les prohibitions ainsi énumérées n'étaient pas, d'ailleurs, ignorées des coutumes païennes. Mais l'indifférence des anciens Arabes en matière de morale, les avait laissés tomber en désuétude, de là l'intervention de Mahomet.

---

(1) Le Coran. Chap. IV, versets 27 et suivants (Trad. Kazimirski, *op. cit.*, p. 67).

Remarquons aussi que d'après une disposition sunnite, le prophète aurait interdit le mariage avec la fille, la mère ou la sœur d'une femme avec laquelle on aurait eu des relations extra-conjugales. Mais comme il n'existe dans le Coran aucune règle de ce genre, les quatre rites n'acceptent pas ce principe.

## § 2. — DU LIEN D'ALLAITEMENT.

Le droit musulman avance une cause d'empêchement au mariage dont aucune législation voisine ne paraît lui avoir inspiré l'idée. Il assimile le lien d'allaitement à la parenté au point d'appeler la nourrice « mère ». De ce fait, le mariage avec un frère ou une sœur de lait se trouvait prohibé (1).

## § 3. — DE LA RÉUNION DE CERTAINES FEMMES COMME ÉPOUSES D'UN MÊME HOMME.

Quoique la polygamie soit admise en droit musulman, l'homme ne peut épouser deux femmes qui, si elles étaient de sexe différent, n'aurait pas pu s'épouser. Par exemple, on ne peut pas épouser deux sœurs, ou une femme et sa nièce.

## § 4. — DU DÉLAI DE VIDUITÉ.

Le droit musulman, en ce qui concerne le délai de viduité, présente une particularité ;

En droit moderne, la femme, veuve ou divorcée, ne peut pas se marier pendant le délai de viduité. C'est un empêchement au mariage, tandis que, en droit coranique, le délai de viduité n'est pas un empêchement au mariage, mais un obstacle à l'exercice du droit de répudiation du

---

(1) Le Coran. Chap. IV, verset 27 (trad. Kazimirski, *op. cit.*, p. 67).

mari. Le mari ne peut pas répudier sa femme, sans être certain qu'elle n'est pas en état de grossesse. « ...Attendez — dit le Coran — qu'elles aient accouché » (1). « ...Ne répudiez vos femmes qu'au terme marqué, — comptez les jours exactement » (2).

Quant à la veuve, d'après l'opinion généralement admise, elle doit attendre quatre mois et dix jours pour pouvoir se remarier.

### § 5. — DU TRIPLE DIVORCE.

Lorsque le mari répudie sa femme trois fois de suite, il ne peut plus l'épouser à moins qu'un autre homme n'ait contracté avec elle un mariage et l'ait répudiée ensuite. Dans ce cas, le premier mari peut de nouveau se marier avec elle pour la quatrième fois.

Remarquons que dans la législation civile musulmane, l'existence d'un mariage du mari non dissout, n'est pas un empêchement. « ...N'épousez parmi les femmes qui vous plaisent que deux, trois ou quatre. Si vous craignez encore d'être injuste, n'en épousez qu'une seule ... » (3).

Les juristes musulmans soutiennent que ce verset a été révélé en vue de restreindre la polygamie, qui à l'époque préislamique, chez les Arabes, était admise sans aucune restriction. Un homme pouvait épouser autant de femmes qu'il le désirait (4).

---

(1) Le Coran. Chap. LXV, verset 4 (trad. Kazimirski, *op. cit.*, p. 465).

(2) Le Coran. Chap. LXV, verset 1 (trad. Kazimirski, *op. cit.*, p. 465).

(3) Le Coran. Chap. IV, verset 3 (trad. Kazimirski, *op. cit.*, p. 65).

(4) El Bokhari. Les traditions islamiques. Traduit de l'arabe par Houdas et Marçais. In-8°, 3 vol. Paris 1908 (T. III, p. 265).

## § 6. — DES CONDITIONS SIMPLEMENT RECOMMANDÉES.

## FORMALITÉS.

En plus des conditions ainsi énumérées, il en existe d'autres qui ne sont pas essentielles pour la validité du mariage musulman mais que cependant la religion recommande. Par exemple :

a) De prononcer certaines prières lors de la célébration du mariage.

b) D'avoir vu le visage de la fiancée avant d'être engagé dans le lien du mariage.

c) De choisir une femme qui soit inférieure à soi au point de vue de l'âge, de la fortune et de la dignité ; mais supérieure au point de vue des mœurs, de la politesse, de la modestie et de la beauté.

On s'étonne bien entendu de voir ces conditions ainsi énumérées dans les œuvres de juristes musulmans et de constater qu'ils admettent que la femme possède certaines supériorités, alors que le Coran ne reconnaît pas d'égalité entre l'homme et la femme. On y lit en effet que « Les hommes sont supérieurs aux femmes à cause des qualités par lesquelles Dieu a élevé ceux-là au-dessus de celles-ci... » (1).

*Formalités.* — Le droit musulman a, dès le principe, proclamé le caractère exclusivement civil du mariage ; aucun cérémonial sacré n'est prescrit pour sa formation, aucune autorité sacerdotale n'y intervient.

La présence de deux témoins pour constater le consentement des parties ou de leurs représentants, est suffisante pour la formation du lien du mariage.

---

(1) Le Coran. Chap. IV, verset 38 (trad. Kazimirski, *op. cit.*, p. 69).

Les témoins doivent être pubères, musulmans et de sexe masculin. Le rite Hanéfite admet cependant que la présence de deux femmes peut remplacer celle d'un homme.

Les témoignages d'un aveugle est admis, mais non d'un sourd. Il n'est pas nécessaire d'autre part que les témoins sachent la langue dans laquelle les parties expriment leur consentement au mariage. Par exemple un homme ne connaissant pas l'arabe peut être le témoin d'un mariage conclu en arabe.

Le mariage d'une infidèle peut être célébré en présence d'un témoin infidèle, l'autre devant être musulman.

En fait, le mariage musulman est célébré en présence d'une assemblée de notables (djemaat), amis des deux familles, pour continuer une tradition, et aussi en vue de parer à l'éventualité de la défaillance de la preuve, qui sans cela, deviendrait impossible au cas où un jour elle serait requise. Car le témoignage ne saurait être suppléé par la preuve résultant de la possession d'état, qui dans l'opinion générale, n'est pas admise en matière de preuve du mariage.

Remarquons que Mahomet légiférait à une époque où l'usage de l'écriture était peu répandue chez les Arabes. C'est justement pour cette raison qu'il a fait de la preuve testimoniale l'instrument probatoire du mariage. Toutefois, il recommande la preuve littérale, lorsqu'elle est possible, comme le procédé le plus juste (1).

---

(1) Le Coran, Chap. II, verset 282 (trad. Kazimirski, *op. cit.*, p. 41).

## CHAPITRE IV

### Le mariage des mineurs conclus par leur père ou tuteur.

---

#### § 1. — DROIT DU MINEUR DEVENU PUBÈRE DE DEMANDER L'ANNULATION DU MARIAGE.

Les personnes investies de la puissance paternelle, et les tuteurs ont le pouvoir de contracter mariage au nom des personnes qui se trouvent sous leur puissance ou sous leur tutelle, sans que ces dernières en soient même avisées.

En droit musulman, en effet, l'influence de la minorité sur la capacité matrimoniale affecte un caractère spécial.

Les mineurs de l'un ou de l'autre sexe ne sont pas seulement frappés d'incapacité naturelle, et astreint de ce chef à la nécessité d'une assistance ; mais le père est aussi investi d'un droit de contrainte en vertu duquel il impose le mariage à ses enfants.

Le mariage ainsi conclu est valable en droit musulman ; mais le mineur a le droit, une fois devenu pubère, d'en demander l'annulation.

Ce droit appartient aussi bien à la femme qu'à l'homme ; cependant une distinction s'impose :

a) Pour l'époux, ce droit est absolu ; il peut l'exercer à tout moment à partir de la puberté, sous condition de s'abstenir de toute privauté conjugale.

b) Quant à l'épouse, elle ne peut exercer ce droit à l'annulation du mariage que sous deux conditions :

1° Qu'elle s'abstienne, à partir du moment de sa puberté, de tout rapport conjugal.

2° Qu'elle exerce son droit dans « l'instant » précis où elle viendrait à constater les premiers signes révélateurs de sa puberté, sous peine de déchéance définitive de ce droit.

Elle doit adresser aussitôt une demande au juge religieux de la localité. Si les circonstances du temps ou du lieu ne lui permettent pas de saisir immédiatement la justice de sa décision optative, elle devra au moins déclarer ses intentions devant deux témoins. Mais elle n'en serait pas moins admise à présenter sa demande si elle ne trouve personne pour faire sa déclaration. Dans ce cas, elle doit, dit-on, s'abstenir devant la justice, de toute mention positive de la date à laquelle remonte le fait matériel de son entrée en puberté.

## § 2. — CONSIDÉRATIONS CRITIQUES.

Nous allons donner quelques détails sur cette question d'abstention qui nous ramènera à une doctrine juridique qui accepte le mensonge comme moyen de défense.

Les commentateurs de cette doctrine, parmi lesquels on trouve le nom de Hambeli, fondateur de l'un des rites jurisprudentiels de l'Islam, font observer que si l'épouse, lors de l'instance, est pressée par la partie adverse d'interrogations sur la date précise de son entrée en puberté (car si ce n'est pas au moment même de l'instance, elle perd ses droits), elle peut sans prévarication, ni péché, dire et même jurer qu'elle vient de remarquer les signes de sa puberté, car il est permis d'employer les ruses ou autres si l'exécution d'une obligation légale apporte sûrement et

inévitablement atteinte au droit reconnu d'une légitimité incontestable. C'est-à-dire le droit de demander l'annulation du mariage.

Inutile de faire remarquer que ce droit n'était en réalité qu'illusoire. Une enfant qui se trouve depuis des années sous l'autorité absolue de son mari ne pourra pas avoir assez d'indépendance d'esprit, ni même un sentiment suffisant de sa propre individualité, pour en profiter à un moment donné. Accorder ce droit à une fillette qui deviendra pubère vers douze, quinze ans, pour lui donner l'occasion de réparer l'injustice qu'on lui a causée en la mariant à une époque où ses pareilles jouaient avec des poupées, ne peut être qu'une absurdité car, comme nous l'avons dit auparavant, ce droit n'était accordé qu'à condition que les époux se soient abstenus, depuis la puberté, de tout rapport conjugal. Or, cette condition était généralement absente. Et « des fillettes de dix et douze ans, chétives et impubères encore, devenaient légalement des femmes au détriment de leur santé, de leur force et de leur beauté. Chaque année, des centaines de petites malheureuses passaient sans transition de l'enfance à la maternité » (1).

Il nous est impossible de comprendre que le père de famille puisse avoir un droit aussi absolu sur son enfant, qu'il fasse peser sur un être jeune et faible, réclamant ses soins et sa tendresse, tout le poids de l'antique servitude en disposant ainsi de sa volonté et de son corps. Les juristes musulmans oubliaient que le père a beaucoup plus de devoirs envers ses enfants qu'il n'a de droits sur eux.

Cet abus de la puissance paternelle ne trouve d'ailleurs

---

(1) P. Gentizon. Mustapha Kemal. *Op. cit.*, p. 220).

aucun appui solide dans le Coran ni dans la Sounnah. Mahomet avait même voulu, semble-t-il, abolir tacitement cet usage sauvage préislamique : ayant obtenu la main de l'Aycha à huit ans, il ne l'épousa qu'à neuf ans, lorsqu'elle fut devenue pubère. Et avant de donner sa fille à Ali, il eut soin de prendre son consentement.

---

## CHAPITRE V

### La dotation nuptiale.

---

La dotation nuptiale est une obligation imposée au mari en faveur de la femme. Elle consiste en argent ou autres biens dont la quantité et la valeur sont fixées au moment de la célébration du mariage. Si elles ne sont pas fixées, elles sont dues par l'acte du mariage.

La dot nuptiale (Mihir) est divisée en deux parties :

La dot immédiate (Mihir mouadjel), et la dot en suspens (Mihir mouedjel).

La première est versée aux parents de la femme avant la célébration du mariage, la seconde n'est qu'une dot éventuelle ; le mari sera tenu de la verser à la femme s'il vient à la répudier. Ainsi la seconde partie de la dot constitue en quelque sorte une garantie pour la femme contre le droit de répudiation du mari.

Mais pour que la femme puisse demander la dot convenue, après sa répudiation, il faut que le mariage ait été consommé.

D'après les auteurs et la jurisprudence, il y a consommation du mariage (Halveti — sahiba), lorsque les conjoints se trouvent dans un endroit isolé, et qu'il n'y a aucun obstacle à leur union.

Ces obstacles sont de trois catégories :

A. — Obstacles physiques :

1° L'existence d'une maladie qui empêche l'union physique.

2° L'impuberté de l'un des époux.

3° Une conformation vicieuse.

B. — Obstacles naturels : La présence continuelle d'une personne capable de discernement au côté des époux constitue un empêchement naturel à la consommation du mariage.

C. — Obstacles religieux :

1° Lorsque les époux se trouvent à la Mecque en pèlerinage.

2° Dans le mois de Ramadan, pendant le jour, c'est-à-dire lors du jeûne.

3° Au moment de la prière.

Si tous ces obstacles n'ont pas existé incessamment entre la célébration du mariage et la répudiation, la femme a le droit de demander la dot éventuelle.

Ajoutons que le minimum de cette partie de la dot est fixé à dix (dirhem) d'argent (à peu près vingt-cinq grammes).

---

## CHAPITRE VI

### Les effets du mariage.

---

#### § 1. — GÉNÉRALITÉS.

« Oh ! hommes, vous avez des droits sur vos femmes et vos femmes ont des droits sur vous » (1), aurait dit Mahomed. Mais les juristes musulmans ont profondément altéré la portée de ces paroles attribuées au prophète. Elles leur étaient difficile à comprendre et à respecter ; les mœurs polygamiques demeurant prédominantes, rendaient illusoire l'application de ces enseignements.

Le droit musulman, tel qu'il se dégage des œuvres des commentateurs n'a point prévu ce que pouvait être une association matrimoniale, qui se manifeste en une communauté étroite des intérêts moraux et matériels. On n'y rencontre pas l'éventualité de la vie commune.

Toute la théorie des effets du mariage est dominée par le souvenir de la conception ancienne, du temps où la femme était dans le commerce. Bien entendu, la femme n'était plus l'esclave, l'instrument de plaisir des coutumes antéislamiques — bien que sa condition effective ne soit pas plus haute — mais elle n'était pas davantage l'épouse qu'a formée l'action combinée de l'idée romaine et de l'idée chrétienne.

Comme le désigne assez bien un vieux terme arabe, la femme est l'« hôtesse » du mari. Elle n'entre point dans

---

(1) Perceval (C.). Histoire des Arabes. T. III, p. 303.

la famille du mari, qui de son côté demeure étranger à sa famille à elle (1).

Le mariage installe donc la femme au foyer du mari, en servante ou en hôtesse si l'on veut, elle est tenue de reconnaître par des services spéciaux l'hospitalité qu'elle reçoit. Mais elle ne prend aucune part à la vie du groupe social qu'elle aide à agrandir.

Nous donnerons dans les deux paragraphes suivants quelques indications sur les effets du mariage qui éclairciront davantage le caractère particulier du lien du mariage musulman.

## § 2. — DEVOIRS RÉCIPROQUES DES ÉPOUX.

La cérémonie de la célébration du mariage investit le mari de droits sur la personne de sa femme et aussi de devoirs envers elle.

Le mari a le droit de forcer sa femme à résider au domicile conjugal avec charge de l'y entretenir selon certaines règles. Il a d'autre part le droit corollaire de correction, et enfin ils ont des devoirs réciproques de fidélité.

Il est difficile de comprendre la notion de fidélité dans un mariage où la polygamie est permise. Néanmoins, Mahomed dans un langage non moins impératif prescrit à l'épouse le respect de la foi conjugale et le devoir réciproque du mari : « Vivez chastement avec elle en vous gardant de la débauche, et sans prendre de concubine ». Et, dans le verset suivant, on voit clairement que Mahomed considère la fidélité comme un devoir réciproque en punissant le contrevenant, que ce soit l'époux ou l'épouse, avec

---

(1) On remarque la différence qui existe entre cette conception et celle du Droit coutumier turc dans lequel l'épouse rentre dans la famille de son mari.

la même peine corporelle : « Vous infligerez à l'homme et à la femme adultères cent coups de fouet à chacun. Que la compassion ne vous entrave pas dans l'accomplissement de ce précepte de Dieu... » (1).

Malgré ces affirmations claires, les docteurs musulmans n'ont pas tardé par la suite à affranchir le mari de l'obligation de fidélité, ou du moins, à admettre que cette obligation, en ce qui le concerne, n'est qu'un devoir moral. Ils se sont basés sur le verset du Coran que voici : « Si vos femmes commettent l'action infâme, appelez quatre témoins. Si leurs témoignages se réunissent contre elles, enfermez-les dans des maisons jusqu'à ce que la mort les enlève ou que Dieu leur procure quelques moyens de salut » (2).

Grâce à ce texte moins clair que les précédents, — car le mot infâme ne signifie pas nécessairement l'adultère — et à quelques *hadisses*, ils conclurent que le prophète eut le sentiment d'une différence de moralité entre l'adultère du mari et celui de la femme.

Et c'est ainsi qu'ils ont cru devoir rétablir la peine de mort pour la femme adultère, tout en laissant tomber en désuétude l'usage de la flagellation infligée par le Coran au mari.

### § 3. — DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE.

L'incapacité de la femme mariée trouve son fondement dans une association morale et pécuniaire entre époux dont le mari est le chef.

Mais l'idée d'une association entre époux étant étrangère aux légistes arabes, l'incapacité de la femme mariée en

(1) Le Coran. Chap. XXIV, verset 2 (trad. Kazimirski, p. 279).

(2) Le Coran. Chap. IV. Verset 19. (Trad. Kazimirski, *op. cit.*, p. 66).

droit musulman se trouve sans justification. En effet, le mariage n'apporte aucune restriction à la capacité civile de l'épouse qui, loin d'éprouver du fait de son mariage une diminution de droit, le voit au contraire agir comme une émancipation.

La jeune fille, même majeure, étant chez son père et par conséquent sous sa puissance, n'a aucune capacité civile. Elle ne peut ni vendre, ni acquérir aucun bien sans l'autorisation expresse de son père. Mais une fois mariée, elle a la libre disposition de ses biens.

Toutefois, une règle Sunnite fondée sur l'intérêt éventuel des enfants édicte une dérogation au principe de la libre disposition. La femme mariée ne peut pas en effet faire de donations, par lesquelles elle compromettrait à l'excès la vocation successorale de ses héritiers présomptifs.

D'autre part, la femme dont la grossesse remonte à sept mois, et la femme gravement malade, subissent une interruption de capacité. Elles ne peuvent alors faire aucun acte valable concernant leurs biens.

Sous la réserve de ces restrictions, la capacité civile de la femme est aussi entière que celle de l'homme. Mais il faut bien remarquer, qu'en réalité cette capacité n'est qu'illusoire, car la femme qui est sans cesse sous la menace d'une répudiation pure et simple du mari ne pourra certainement agir à sa guise sans demander, pour tout acte important, le consentement de son mari.

---

## CHAPITRE VII

### La dissolution du mariage.

---

Les causes de la dissolution du lien du mariage sont au nombre de quatre : la mort de l'un des époux, l'annulation du mariage, la répudiation et le divorce.

Dans ce chapitre, nous parlerons seulement de la répudiation et du divorce, les autres causes ne présentant pas un grand intérêt.

#### § 1. — DE LA RÉPUDIATION.

Les versets du Coran qui traitent de la répudiation se préoccupent d'abolir des usages en vigueur chez les Arabes, plutôt que de réglementer la répudiation.

On sait que chez les Arabes de l'époque préislamique, l'usage de répudier purement et simplement sa femme, était très répandu. Et Mahomed n'a pas osé abolir complètement une institution trop chère aux tribus arabes. Néanmoins, il ressort clairement des versets du Coran, qu'il a compris les méfaits de cet usage, mais d'autre part, il ne pouvait qu'utiliser les ressources que lui offrait la mentalité de sa race.

Un grand nombre de hadisses essaie de limiter autant que possible l'usage qu'on peut faire du droit de répudiation. « ... Parmi les choses permises, la répudiation est celle qui est la plus désagréable à Dieu » (1).

---

(1) Encyclopédie de l'Islam, t. IV, p. 668 (sous le mot Talak).

On peut résumer les règles relatives à la répudiation comme suit :

La répudiation est un droit de résolution unilatéral du mariage que le mari seul a le privilège d'exercer. Il est souverain en la matière. Il apprécie librement la légitimité, sans autre règle que sa conscience, et sous une sanction d'ordre moral. Seulement ce droit est subordonné à des conditions de temps. C'est là justement que Mahomet a introduit une importante innovation dont voici les traits essentiels :

Le mari doit exprimer sa volonté de répudier sa femme en une formule verbale ou écrite qui doit contenir le mot *Talak* (idée de délier). Mais cette formule n'a d'efficacité que si elle est prononcée ou écrite pendant une période « de pureté » de la femme. On dit que la femme est en période de pureté lorsque depuis la cessation de l'activité menstruelle, elle n'a point subi de rapprochement sexuel. Ainsi, le mari ne peut pas manifester utilement sa volonté de rompre dès le moment où il l'a décidé.

Ce délai d'attente est destiné, semble-t-il, à ne laisser aucun doute sur la paternité d'un enfant né d'une femme répudiée, et à permettre à l'homme de réparer la hâte trop grande avec laquelle il aurait pu prononcer la répudiation. D'autre part, si même le mari exprime sa volonté de rompre en temps opportun, le mariage n'est pas automatiquement dissous. En effet, durant les trois périodes menstruelles qui suivent le désir de rompre du mari, la femme demeure exactement dans la situation juridique de l'épouse ; elle est la créancière de l'obligation alimentaire due à l'épouse, et la bénéficiaire du droit successoral.

L'effet immédiat de la répudiation est que l'obligation de cohabitation s'éteint à l'égard du mari. Ajoutons aussi

que pendant ce délai qui est approximativement de trois mois, le mari peut révoquer la répudiation qu'il a prononcée. Il a un droit dit « de retour » par lequel il renoue le lien du mariage, comme il l'avait délié.

Il semble que la femme n'a pas le droit de s'opposer à ce désir, et durant cette période, elle ne peut pas se remarier. Un mari pouvait empêcher la femme qu'il a répudiée de se marier durant toute sa vie. Il révoquait en effet la répudiation vers la fin du délai de trois mois et peu après il répudiait de nouveau, et la femme devait attendre encore trois mois. Cela pouvait se répéter autant de fois que le mari le désirait de sorte que la femme se trouvait continuellement en période d'attente.

Un verset du Coran apporte cependant un frein à ce droit. Il est dit que si le mari prononce trois fois de suite la répudiation, il ne lui est plus permis de reprendre sa femme. Toutefois, si celle-ci épouse un autre mari, qui à son tour prononce le *Talak*, elle peut alors se marier de nouveau avec le premier mari.

On peut ainsi résumer la répudiation dans le droit musulman, telle qu'elle se dégage du Coran et des traditions de l'époque de Mahomed.

Mais, après la mort du prophète, les légistes, beaucoup plus attachés à leur droit coutumier qu'au droit que leur apportait la religion musulmane, commencèrent à mettre en doute et à discuter le caractère légal et l'authenticité de ces traditions.

L'Imam Chafai, un peu plus de cent ans après la mort du prophète, proclama le caractère licite de la répudiation à l'effet immédiat. Il enseigna qu'il n'y avait là rien de contraire à la loi musulmane.

Les docteurs des trois autres rites jurisprudentiels s'al-

lièrent successivement aux sentiments de l'Ismaïm Chafei.

Ainsi on décida que la répudiation a un effet immédiat, qu'elle est irrévocable, à condition toutefois qu'elle soit prononcée trois fois de suite. La répudiation coutumière se trouvait donc ainsi substituée à la répudiation sunnite.

## § 2. — DU DIVORCE.

Le divorce, en droit musulman, est la contre-partie de la répudiation. Quand on dit divorce, on entend un droit accordé à la femme pour demander la dissolution du mariage, car le mari ne demande pas le divorce, il répudie.

Le divorce n'était pas connu chez les Arabes avant l'apparition de l'Islam. C'est une institution apportée par Mahoméd, qui s'est certainement inspiré du divorce par l'autorité de la justice de la loi israélite. Cependant, en passant dans l'Islamisme, le divorce a pris un caractère différent. Le divorce israélite portait une empreinte religieuse profonde ; le pouvoir sacerdotal avait seul qualité pour délier le lien qu'il avait seul formé. Tandis que, le pouvoir judiciaire qualifié pour délier le lien du mariage, joue en droit musulman un rôle tutélaire et offre à la femme une protection que son état de subordination exige. Le magistrat qui est appelé à intervenir et à arrêter les abus que l'état de mariage est susceptible d'entraîner, en prononçant la dissolution du mariage, n'avait pas été appelé à intervenir à sa formation.

Le divorce musulman est destiné à punir les outrages proférés à l'adresse de la femme, mais aussi et surtout à sanctionner les obligations légales qui découlent du mariage. Par la suite, en adaptant les effets naturels des contrats au contrat de mariage, on admit que la violation des

clauses insérées dans ce contrat constitueraient aussi une ouverture au divorce.

Le divorce judiciaire, organisé aussi incomplètement que possible, n'a pas pris un large développement à côté de la répudiation. En principe le lien du mariage n'était dissous que par la répudiation.

---

## CHAPITRE VIII

### Les réformes tentées par l'Etat ottoman pour améliorer le droit familial de l'Empire.

---

#### § 1. — GÉNÉRALITÉS.

Au début de la Grande Guerre, le gouvernement ottoman, par un acte du 8 septembre 1914, décide d'abroger les Capitulations. Mais pour répondre aux critiques adressées à l'anarchie de la législation ottomane, purement théocratique, le parti (Union et Progrès), alors au pouvoir, préconise certaines réformes en matière de législation civile. Parmi ces projets de réforme figure une loi sur le droit familial dont la mise en vigueur sera précédée par une loi sur l'organisation des tribunaux.

Il fallait constituer, en effet, des tribunaux, car jusque-là, les conflits entre personnes relevaient des tribunaux religieux (Cher'iyyé) qui appliquaient des prescriptions coraniques sans aucun contrôle. Le juge devait choisir suivant ses penchants personnels une interprétation quelconque. Il n'existait aucune règle relative à la compétence des juges ni à l'attribution des conflits. Rien n'empêchait le justiciable de s'adresser à un autre juge si la sentence du premier ne lui convenait pas. Le second juge n'étant nullement lié par les décisions du premier ni par une règle juridique, était libre d'opiner d'une façon diamétralement opposée. Ainsi il était permis au justiciable de soupçonner la loyauté du juge, et cela éloignait les personnes honorables de la fonction de juge.

Donc, il fallait tout d'abord réformer toute cette organisation, avant de passer au projet de droit familial. C'est alors que la « loi sur la fusion des tribunaux » intervient dans le but « d'unifier les services judiciaires et pour subordonner l'exercice de la justice à une seule direction ». Ce projet fut voté le 24 février 1917 par la Chambre des Députés, et le 6 mars 1917 par le Sénat. Cette loi n'intéressant pas directement notre sujet, nous ne l'analyserons pas. Il faut cependant faire remarquer que cette réforme comprise en sept articles, ne pouvait pas remplacer l'anarchie par une organisation judiciaire efficace. A notre avis, elle n'a fait qu'augmenter le chaos. Peu après, cette loi a été suivie d'un décret-loi du 28 octobre 1917, relatif au droit familial que nous allons étudier.

§ 2. — LES DISPOSITIONS ESSENTIELLES DU DÉCRET-LOI  
DU 28 OCTOBRE 1917.

L'article 1<sup>er</sup> de ce décret-loi déclare que le mariage n'est pas conclu par les fiançailles ou par une simple promesse.

La capacité requise pour contracter mariage est d'avoir dix-huit ans révolus pour les hommes, et dix-sept ans pour les femmes. Des dispenses peuvent être accordées par le juge, lorsque le prétendant au mariage « est assez développé physiquement », art. 5 et 6.

Les dispenses ne peuvent pas être accordées aux deux fiancés à la fois.

La notion de puberté se trouve donc remplacée par la notion de développement physique suffisant.

Les chrétiens ne peuvent pas se marier avant 22 ans révolus et les chrétiennes avant 20 ans. L'article 12 qui fixe ainsi la majorité des chrétiens paraît bizarre. En effet, les

mêmes individus, nés dans le même pays, et grandis sous les mêmes influences climatiques, arrivaient à la majorité requise pour se marier à des âges différents, et pourtant cette loi voulait devenir un instrument d'unification.

En ce qui concerne les empêchements au mariage, les prescriptions du Chéri ont été simplement rapportées dans le texte de cette loi. Le mariage conclu entre un non-musulman et une musulmane est nul. L'existence d'un mariage antérieur non dissous ne constitue un empêchement qu'à partir de la quatrième union. Les articles 26 et 32 rapportent les règles chrétiennes et israélites relatives aux empêchements au mariage.

*La polygamie et le décret-loi du 28 octobre 1917.* — L'article 14 déclare que celui qui a déjà quatre femmes ne peut en épouser une autre.

Dans l'exposé des motifs, on lit la justification suivante :

« La polygamie étant tolérée, et non ordonnée, par la religion, et le souverain ayant ainsi le droit de légiférer à sa guise, on a eu l'idée de la prohiber ou du moins de la subordonner au consentement de la première femme. Mais le Chériat ne tolère la polygamie qu'en vue de prévenir la prostitution et de servir à l'accroissement de la population, et d'autres causes semblables. Aussi le besoin de tolérer la polygamie, surtout à notre époque, où le nombre de femmes est plus du double de celui des hommes, est aussi grand qu'à l'origine de l'Islam.

« En outre, il est humainement impossible qu'une femme consente à un second mariage de son mari, de sorte que subordonner la chose au consentement de la femme équivalait à la prohibition et ainsi on évite les conflits qui pourraient en résulter... En outre, en cas de polygamie,

« on exige que le mari traite toutes ses femmes avec justice  
« et égalité, or de nos jours il est difficile de satisfaire à  
« cette condition.

« Pour ces raisons — *dit l'exposé* — on n'a pas jugé nécessaire de prohiber la polygamie et on s'est contenté de  
« rédiger l'article 38, en remplaçant la prohibition par la  
« condition sus-mentionnée. »

En effet, l'article 38 déclare que la femme peut valablement poser comme condition lors de son mariage, que son mari n'épousera pas une autre femme, ou que s'il le faisait à son insu, la première ou la seconde devrait être répudiée.

Cette innovation s'appuie sur le verset suivant du Coran :  
« Il n'y a aucun crime de faire des conventions en sus de ce que la loi prescrit » (1).

Les juristes de l'époque déclaraient que l'article 38 supprimait la polygamie d'une manière détournée, car les femmes ne manqueraient pas, disaient-ils, d'insérer cette clause dans leur contrat de mariage.

Mais la plupart des journaux ne voyaient, au contraire, dans les décrets-lois du 28 octobre 1917, qu'une consolidation d'une disposition du Chéri, et s'efforçaient de justifier le législateur.

Dans le journal *Ikdam*, on pouvait lire le passage suivant :

« ... Il est vrai que plusieurs savants européens et américains nous jettent la pierre à ce sujet pour lequel ils nous attaquent violemment. Mais cette institution (la polygamie), qui avait d'abord cours légal chez les juifs et les chrétiens, n'a pas été critiquée par les professeurs de sociologie. Gus-

---

(1) Le Coran. Chap. IV, verset 28 (Trad. Kazimirski, *op. cit.* p. 67).

tave Lebon trouve la polygamie utile et raisonnable et la juge conforme à l'exigence sociale ».

Nous croyons inutile de dire que la femme turque ne partageait nullement ces opinions démagogiques, cette femme qui, malgré toutes les entraves portées à sa dignité, a pu rester toujours une dame, ne pouvait que trouver monstrueux les argumentations suscitées.

La nouvelle loi prend soin de cristalliser une autre disposition du Chéri, disposition qui est certainement celle qui a le plus choqué la nation turque, profondément démocratique.

L'article 45 déclare que « l'égalité de fortune et de situation est une condition nécessaire à la validation du mariage ». Les articles qui suivent cette disposition, accordent aux parents le droit de demander l'annulation du mariage en cas de non observation de cette condition « nécessaire ». Cette clause est insérée, dit-on, pour assurer l'harmonie dans les unions conjugales et pour consacrer le droit des parents d'intervenir dans le mariage de leurs enfants pour les empêcher de contracter des alliances indignes.

Si on la regarde de près, on voit que cet article est dirigé contre les familles pauvres. L'époux assez riche, qui a pris comme compagne de sa vie une jeune fille pauvre, verra son foyer attaqué par ses parents, car l'union des femmes riches avec les hommes pauvres, quoique possible sans l'intervention des parents, est pratiquement subordonnée au consentement exprès des parents de la jeune fille.

On est étonné de voir le législateur de 1917 s'occuper de l'harmonie et du bonheur des ménages ; ce législateur qui, d'autre part, justifie la polygamie et admet la réputation pure et simple de la femme par son mari.

Si on veut faire de l'union de deux personnes de sexe dif-

férent un foyer de bonheur et d'harmonie, ce n'est certainement pas avec des dispositions de ce genre qu'on y parviendra.

Les articles 102 et suivants sont consacrés à la dissolution du mariage. L'article 102 déclare que « le droit de répudier appartient à l'époux capable ».

Le Chériat ne considère pas le mariage comme un acte d'un caractère éternel et indissoluble.

Il faut remarquer que le droit de répudiation n'appartient qu'au mari, la femme ne peut que demander le divorce.

Il n'y a aucune formalité pour la répudiation, le désir du mari est pleinement suffisant, le remboursement de la dot nuptiale est le seul frein à cette faculté.

Quant au droit de la femme de demander le divorce, la nouvelle loi apporte quelques réformes bien incomplètes. L'article 103 stipule qu'au cas où la femme réclame le divorce, le juge désigne deux arbitres choisis dans les familles respectives des deux époux, qui doivent s'efforcer de concilier les parties. S'ils ne réussissent pas, le juge en nomme un troisième qui n'a aucun lien de parenté avec les partis. La tâche du troisième arbitre est d'abord de trouver un terrain d'entente ou, sinon, de dégager les torts. Si les torts appartiennent au mari, le juge a la faculté de prononcer le divorce.

Ce décret-loi que nous avons essayé de résumer n'apporte rien d'essentiel. La polygamie, la répudiation restent absolument intactes. Il ne fallait pas non plus espérer une réforme avec une loi qui voulait réunir dans un même texte de 157 articles les principes religieux, relatifs au droit familial des religions israélite, chrétienne et musulmane. L'Etat ottoman gardant le caractère théocratique, ne pou-

vait en réalité entreprendre aucune réforme essentielle. Il était étroitement soumis au contrôle du *Chériat*.

Au lendemain de la promulgation du décret-loi du 28 octobre 117, on voyait dans les colonnes de la presse gouvernementale, toute une campagne de justification de la réforme et on ne comprenait pas très bien, pourquoi et pour qui cette justification était nécessaire. Comme nous l'avons vu, les dispositions du décret-loi ne s'écartaient nullement de la loi religieuse.

Mais au fond, il y a quelque chose de choquant pour les fanatiques en ce sens que le gouvernement a eu l'audace de s'occuper des questions qui ne peuvent être réglées que par la classe religieuse. D'autre part, le décret-loi en codifiant les données du rite hanéfite relatives au droit familial, rendait difficile les errements et les interprétations fantaisistes des juges religieux. Et c'est pour ces raisons que la presse a pris pour tâche de défendre le législateur.

Le *Tanine* écrivait que « la réforme reste entièrement conforme à l'esprit de la religion musulmane », *L'Ikdam* faisait remarquer que « la Commission qui a élaboré ce décret-loi n'a pas cherché à examiner un état social tout à fait nouveau. Il a voulu simplement assurer l'ordre avec des méthodes et des règles littéralement conformes au *Chériat* » (1).

La classe religieuse n'avait pourtant pas protesté ; mais comme toutes les fois, ainsi que le fait ressortir l'histoire, elle a préféré attendre le moment opportun où son adversaire était particulièrement faible pour l'attaquer. Jusque-là elle feint de se désintéresser de la vie publique. Les gou-

---

(1) Voir, Mansuri Zade Said. *Kanun ve Chériat*. (Hukuk Fakultesi mecmuasi, Istambul, 1917. P. 601).

vernements qui ne connaissent pas les particularités de cette classe et qui ne prennent pas de mesure de précaution sont sujets à de désagréables surprises.

Les Ministères ottomans qui se sont succédé après l'Armistice, auxquels tous ont imposé leur volonté sauf la nation turque, se sont empressés d'abroger tous les textes qui pouvaient déplaire à la classe religieuse. C'est ainsi que le décret-loi du 28 octobre 1917, étant considéré comme révolutionnaire fut abrogé par le décret-loi du 19 juin 1919.

Chose bizarre, l'initiative de l'abrogation du décret-loi fut prise sur l'intervention des Hauts Commissaires Alliés, comme lésant les intérêts et privilèges des communautés non-musulmanes ! (1).

Le décret-loi de 1917 reste encore aujourd'hui en vigueur dans certaines provinces détachées de l'Empire ottoman, notamment en Syrie.

*Conclusion.* — Après avoir ainsi essayé de dégager les caractéristiques du lieu du mariage musulman, nous pouvons conclure que cet ensemble de règles ne peut pas servir même de base à une institution aussi importante que la famille.

Cependant, si l'on tient compte de l'époque où ce droit fut conçu, on est amené à reconnaître que l'œuvre de Mahomed porte le sceau d'un esprit élevé, et qu'elle ouvrait au peuple arabe une large voie pour son développement moral ultérieur.

Il résulte clairement du Coran que Mahomed voulait apporter un programme de réforme dont l'idée directrice paraît avoir été, en matière du statut personnel, le relèvement de la femme. Certes il n'a ni prohibé la polygamie ni la

---

(1) Annuaire de législation comparée. (Année 1925, p. 116).

répudiation. Mais il faut se rendre compte, qu'à son époque, la femme était un objet et non un sujet. Aussi Mahomed n'a pas voulu se heurter à l'intransigeance absolue des hommes qui l'entouraient, dont l'appui lui était nécessaire pour le développement de la religion musulmane.

Malheureusement, la marche de cette réforme dont le prophète avait fixé les principes, quoique vaguement, fut très vite arrêté après sa mort. Les légistes musulmans proclamèrent le dogme et l'immutabilité de la loi coranique, en arguant du caractère sacré du livre qui l'édicte, tandis que Mahomed n'avait en vue que des institutions, en un certain sens transitoires et susceptibles de se plier aux progrès des mœurs. Les pères de son église les rendirent intangibles, y voyant l'expression définitive de la conception sociale islamique. Et cette immobilité a entraîné naturellement la profonde décadence du droit musulman.

D'autre part, on n'a pas seulement déclaré immuable la loi coranique, mais on l'a aussi faussée autant que possible, car elle avançait trop les mœurs arabes. De ce fait, le droit musulman et en particulier le droit familial resta imprégné de l'esprit des coutumes antéislamiques arabes ; la condition de la femme est à peu près redevenue aussi incertaine et arbitraire. En un mot, le mariage fut déchu de toute dignité et de nouveau abaissé au niveau des transactions commerciales.

La pratique de la polygamie, la légitimité des unions entre impubères, l'incertitude qui entoure la célébration du mariage, l'excessive fragilité des liens matrimoniaux, constituaient les caractéristiques du droit musulman, tel que les légistes l'avaient élaboré et voulaient l'imposer au peuple conquis par l'Islam.

Comme la première partie de notre étude le laisse aper-

cevoir, ce droit religieux accusait une distance trop grande avec le droit coutumier du peuple turc, à qui on voulait l'appliquer. Nous avons vu la situation heureuse et respectée de la femme. Certes, les premiers principes du Mahommed amélioreraient sensiblement le sort de la femme arabe mais imposer ces principes à la femme turque était sans aucun doute l'abaisser.

Les réformes tentées de temps en temps, auxquelles nous avons consacré le chapitre VIII, n'ont eu pour résultat que l'aggravation de l'anarchie qui régnait, en matière de législation civile.

Les véritables réformes en cette matière n'ont commencé à se réaliser qu'avec la naissance de la République turque et sous la haute direction de son chef, Kâmal Atatürk. L'adoption du code civil suisse, comme base au code civil turc, marque pour le peuple turc sa libération définitive des règles d'un *Islam falsifié*.

Aujourd'hui, il y a exactement dix ans que le nouveau code civil turc est en vigueur. La rapidité surprenante avec laquelle la communauté turque s'est adaptée à ce droit, montre que pendant plus de dix siècles les Turcs ont résisté à des règles complètement étrangères à leur mentalité et aucun des usages propres à la race arabe n'a pu trouver un écho dans l'âme du peuple turc.

Il est bien certain que si la Turquie a pu prendre les codes récents occidentaux comme base à sa législation nouvelle, et surtout, si depuis plus de dix ans elle les applique avec une parfaite habileté, c'est grâce à l'instinct social élevé du peuple turc qui lui vient de ses grands ancêtres et qu'il a conservé malgré les entraves de l'esclavage qu'on a voulu lui imposer par l'intermédiaire d'une législation absolument étrangère à son esprit.

## BIBLIOGRAPHIE DE LA DEUXIEME PARTIE

(DROIT MUSULMAN).

---

- ABD EL FATTAH. — De l'étendue des droits de la femme dans le mariage musulman (Thèse, Dijon). In-8°, 1922.
- ABDESSELAM (B.-Ch.). — L'esprit de la philosophie du droit musulman. In-8°, Paris 1901.
- ABOULFÉDA. — (Traduit de l'arabe en français et accompagnée de notes d'éclaircissement par Reinaud). 3 vol. In-8°, Paris 1842-1883. (Edition d'Istambul : 4 vol, 1286).
- ACHIK PACHA ZADÉ. — Tevarihî âli-osman. Istambul 1332 (1914).
- AHMED BEN CHAREF. — Des sources du droit musulman. In-8°, Alger 1920.
- AHMED SEDAD ET BILIOTTI. — Législation ottomane depuis le rétablissement de la Constitution de 1908. In-8°, Paris 1912.
- ALI EMIRI. — Mechihaî-i-islamiyê tarihi. (Ilmiye salnamesi, 1916). In-8°, Istambul 1917.
- ARISTARCHI BEY (G.). — Législation ottomane ou recueil des lois, règlements, ordonnances, traités, capitulations et autre documents officiels de l'Empire Ottoman. 7 vol. In-8°, Istambul 1873-1888.
- AVERROËS. — Du mariage et de sa dissolution (Droit musulman). Traduction française de M. A. Lajmeche. In-8°, Paris 1926.
- BOECK (DE Ch.). — Islam, lois coraniques. (Dalloz, jurisprudence générale : 2-121, 1908).
- BOKHARI (E.). — Les traditions islamiques. Traduit en français par De Houdas et Marçais. 3 vol. In-8°, Paris 1908.
- CADOZ (F.). — Initiation à la science du droit musulman. Variétés juridiques. In-8°, Oran 1869.
- CLAVEL (E.). — Droit musulman. Du statut personnel et des successions d'après les différents rites et plus particulièrement d'après le rite hanéfite. 2 vol. In-8°, Paris 1896.
- DUCAURRAY (K.). — Législation musulmane sunnite. In-8°, Paris 1849.
- EBN ACEM. — La Tohfât. (Traité de droit musulman, traduit en français par De Houdas et F. Martel. 8 fascicules in-8°, Alger 1882-1893.
- EL-CHARANI. — Balance de la loi musulmane ou esprit de la

législation islamique et divergences de ses quatre rites jurisprudentiels. Traduit de l'arabe par M. Perron. In-8°, Alger 1898.

*Encyclopédie de l'Islam*. — (Publiée avec le concours des principaux orientalistes). 4 vol. In-4°, Paris 1924-1935.

ENGELHARD (Ed.). — La Turquie et le Tanzimat ou histoire des réformes dans l'Empire ottoman depuis 1826 jusqu'à nos jours. 2 vol. In-8°, Paris 1883-1884.

EVLİYA TCHÉLÉBI. — Seyahatnamé. 6 vol. In-8°, Istambul 1902.

FAHMY (M.). — La condition de la femme dans la tradition et l'évolution de l'islamisme. In-8°, Paris 1913.

FAHRI (Z.). — Ziya Gökalp. Sa vie et sa sociologie. (Essai sur l'influence de la sociologie française en Turquie). Thèse lettres, Strasbourg. In-8°, 1935.

FAHRI (Z.). — Essai sur la transformation du Code familial en Turquie. Etude de sociologie juridique appliquée. (Thèse lettres, Strasbourg). In-8°, 1935.

FERIDOU M. — Menchéli-selatin. Istambul.

GAUDEFROY-DEMONBYNES. — Les institutions musulmanes. In-12°, Paris 1920.

GHALI (R.). — De la tradition considérée comme source du droit musulman. In-8°, Paris 1909.

GOLDZIER. — Fikh. (Ency. de l'Islam, t. II, page 106).

GOLDZIER. — Le dogme et la loi de l'Islam. Traduit en français par F. Arin. In-8°, Paris 1909.

GÖKALP (Ziya). — Türk ailesinin tekâmülü. Küçük mecmua, n. 29).

GÖKALP (Ziya). — Asri aile, milli aile (Tanin, 29 oct. 1917).

GUÉMARD (G.). — La condition juridique des gens mariés en droit musulman, notamment dans le rite Hanéfite, comparé au droit français. In-8°, Aix 1915.

GUER (J.-A.). — Mœurs et usages des Turcs. 2 vol. In-4°, Paris 1846-1847.

HALÉBI (Ibrahim). — Mülta-ül-Abhar. Istambul 1821 (Traduction française, D'Ohsson).

HAMMER (M. De). — Histoire de l'Empire ottoman depuis son origine jusqu'à nos jours. Traduit de l'allemand par M. Dochez. 3 vol. In 8°, Paris 1840-1842.

HELAU (R.). — Etude sur la condition juridique de la femme musulmane. In-8°, Paris 1896.

HODJA SADETTIN. — Tâdjet-têvarih. 2 vol. Istambul 1280 (1864).

HOUTSMA (M. Th.). — Recueil des textes relatifs à l'histoire des Seldjoucides. Paris 1886.

- IBN BATOUTAH. — Voyage d'Ibn Batoutah dans l'Asie Mineure. Traduit de l'arabe et accompagné de notes historiques et géographiques par M. Defrémery. In-8°, Paris 1851 (Traduction turque de Chérif Pacha. 2 vol. In-12°, Istambul 1914-1917).
- ILMIYÉ SALNAMESI. — In-8, Istambul 1916.
- ILYAS (Hodja Hizir). — Enderoum tarihi.
- JORGA (N.). — Les causes de la catastrophe de l'Empire ottoman. In-8°, Paris 1913.
- KAZIMIRSKI (A. De). — Le Coran. Traduction française. Paris 1865.
- KÖPRÜLÜ ZADÉ M. FUAD. — Türk edebiyati tarihi (Histoire de la littérature turque). In-8°, Istambul 1929.
- KÖPRÜLÜ M. FUAD. — Les origines de l'Empire ottoman. In-8°, Paris 1936.
- KRAMER (J.-H.). — Les Turcs ottomans. Histoire, vue générale (Encycl. de l'Islam, tome IV, p. 1.010).
- LAURENT (J.). — Byzance et les Turcs seldjoucides dans l'Asie occidentale jusqu'en 1081. In-8°, Paris 1914.
- LÜTFİ. — Tarihi-Lütfi. In-4°, Istambul.
- MANDELSTAM (A.). — Le sort de l'Empire ottoman. In-8°, Paris 1917.
- MEYSONNASSE (V.). — Code civil musulman suivant le cadre du code civil français. In-8°, Paris 1898.
- MORAND (M.). — Le droit musulman et le conflit des lois. In-8°, Berlin 1928 (Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé, t. I, p. 321).
- NAUPHAL (I. De). — Etudes orientales : législation musulmane. T. I, Mariage. T. II, Filiation, Divorce. 2 vol. In-8°, Saint-Pétersbourg, 1886.
- NEVAL (J. De). — Etudes orientales : mariage (3<sup>e</sup> fasc. du cours de droit musulman de M. Nauphal). In-8°, St-Pétersbourg 1890.
- NICOLAÏDÈS (D.). — Dustourou-Hamidiyé (Lois et règlement promulgués à partir de l'année 1874). In-8°, Istambul 1878.
- OHSSON (M. D'). — Tableaux de l'Empire ottoman, divisés en deux parties dont l'une comprend la législation ottomane, l'autre l'histoire de l'Empire ottoman. 7 vol. in-8°, Paris 1788-1824.
- PORTER. — Observations sur la religion, les lois, le gouvernement et les mœurs des Turcs. Traduit de l'anglais par Bergien. 2 vol. In-8°, Londres 1769.
- RÉFIK (A.). — Osmanli tarihinde kadin (Yeni mecmua, 1917).

- RICHARD (C.). — De l'esprit et de la législation musulmane. Alger 1849.
- SALAMA (M.-M.). — Le mariage en droit musulman (Thèse, Montpellier 1923).
- SAUTAYRA (E.) et CHERBONNEAU (E.). — Droit musulman. Du statut personnel et des successions. 2 vol. In-8°, Paris 1873-1874.
- SAVVAS-PACHA. — Etude sur la théorie du droit musulman. 2<sup>e</sup> éd. In-12°, Paris 1902.
- SAVVAS-PACHA. — Le Tribunal musulman. In-12°, Paris 1902.
- SAVVAS-PACHA. — La méthode législative de l'Islam. 2<sup>e</sup> éd. In-12°, Paris 1903.
- SUAVI-EFENDI. — Sur l'institution de la justice et de la hiérarchie des Ulémas (Les Ouvriers Européens, t. II, p. 265).
- VAN DEN BERG (L.). — Principes du droit musulman selon les rites d'Abou-Hanifah et de Chafî. Traduit du hollandais par De Tersant et Damiens. In-8°, Alger 1896.
- WATHELET (S.-A.). — Du statut personnel et des successions d'après le rite hanéfite. In-8°, Paris 1919.
- YOUNG (G.). — Corps de droit ottoman. 7 vol. In-8°, Oxford 1905-1906.

## PÉRIODIQUES.

- Revue des études islamiques* (Depuis 1927). Trimestriel, Paris.
- Revue du monde musulman* (Depuis 1906). Mensuel, Paris.
-

## TROISIÈME PARTIE

### **Le lien du mariage dans le droit familial de la République turque.**

---

#### CHAPITRE PREMIER

#### **Généralités.**

---

##### § 1. — LA LOURDE SUCCESSION DE L'EMPIRE OTTOMAN EN MATIÈRE DE LÉGISLATION CIVILE.

En 1923, avec la déclaration de la République, la Grande Assemblée nationale mit fin au règne de la dynastie ottomane, l'une des plus sombres périodes de l'histoire turque.

Dressons brièvement l'inventaire de la succession que la monarchie laissait à la jeune République Turque en matière de législation civile.

Tout d'abord, en ce qui concerne l'organisation judiciaire, l'empire ne possédait aucun code. Tout était laissé au hasard et à l'arbitraire.

Chaque juge avait une idée personnelle sur le droit familial.

En un mot, toute la législation, dite « Chéri », était entièrement théocratique, ne reposait sur aucun texte précis, mais sur une masse de règles contradictoires formulées au VII<sup>e</sup> siècle par les Arabes.

« Le corpus juris musulman resta jusqu'au bout un amalgame confus de préceptes coraniques enveloppés, dans des

commentaires infinis, de rites divers et d'opinions opposées. Pour chaque cas particulier, il était censé contenir des solutions toutes faites. Mais en réalité cette jurisprudence sacrée était une mer sans fond. Un tel droit, auquel la caste sacerdotale califes, muftis, ulémas, hodjas interdisaient de toucher, obligea la société turque stationnaire pendant des siècles, enfermée dans son orgueil et dans son fatalisme... Il la paralysa dans un état social rudimentaire et l'isola de l'Europe » (1).

Les réformes, dit Tanzimat et les efforts des intellectuels du mouvement Jeune Turc de 1908 n'ont abouti à aucun résultat. La législation sacrée resta en fait la loi suprême à laquelle l'Etat devait tout subordonner.

La séparation absolue de la loi civile et de la loi religieuse fut seulement l'œuvre de Kâmal Atatürk qui dans un discours qu'il prononçait le 1<sup>er</sup> mars 1924 annonçait la rupture définitive de la future législation turque avec la loi musulmane. Le grand réformateur turc n'a pas hésité à *jeter définitivement par dessus bords un système qui empêchait toute action utile. Et pour la première fois dans un pays musulman la séparation de l'église et de l'Etat fut un fait accompli.*

Après cette réforme capitale, le gouvernement de la République prit pour tâche l'élaboration d'une législation moderne dont la société turque sentait de plus en plus le besoin. Dans le paragraphe suivant, nous traiterons en particulier les travaux préparatoires du code civil turc.

---

(1) P. Gentzen. Mustapha Kemal, *op. cit.*, p. 204.

## § 2. — VERS UN CODE CIVIL TURC MODERNE.

## LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES. DEUX TENDANCES.

## LA PROMULGATION DU CODE CIVIL TURC.

Des Commissions composées de juristes étaient déjà en fonction depuis la Grande Guerre. Le gouvernement de la République leur confia la tâche de doter la jeune République de lois modernes. Mais ces Commissions à tendance religieuse ne donnaient pas un résultat dans le sens attendu. La Commission du code civil avait présenté au début de 1924 une loi de 150 articles qui devait être suivie d'autres lois. Elle proposait en effet de mettre en vigueur le nouveau code par des lois séparées dont l'ensemble formerait le code civil turc.

Cette première proposition de loi n'était nullement encourageante. Les membres de la Commission, en majorité conservateurs, voulaient garder malgré tout dans les lois civiles du pays les préceptes de la législation musulmane. Mais comme leur loi devait être appliquée aussi aux citoyens non musulmans de la Turquie, ils empruntèrent quelques dispositions juridiques aux religions chrétiennes et israélites. En somme, la méthode de 1917 recommençait. D'autre part, ils voulaient introduire dans ce texte, qui était un résumé des règles des trois religions, quelques dispositions des codes civils modernes.

Tous ces travaux ne correspondaient nullement au désir de la Nation et de son Chef qui a exprimé à plusieurs reprises ses tendances pour l'adoption d'un code civil européen.

Le ministre de la justice, Mohmoud Esat Bozkourt — ancien élève de la Faculté de Droit de Fribourg —, intervint

alors et convoqua la Commission pour lui expliquer les vues du Gouvernement sur l'élaboration du Code civil.

Dans une réunion tenue au Palais de justice d'Istanbul, il déclara la nécessité d'adopter, avec certaines modifications, un des codes européens plutôt que d'essayer d'élaborer une loi d'après les préceptes religieux. Il proposa le Code civil suisse.

Une vive discussion s'engagea après cette déclaration. Presque tous les membres de la Commission déclarèrent qu'il leur était impossible de rejeter les sages dispositions de la loi de l'Islam pour prendre les dispositions d'un code qui s'inspire apparemment, disaient-ils, des idées catholiques.

Certains d'entre eux posaient le principe d'après lequel chaque peuple doit faire une loi qui lui soit propre en se basant sur les usages du pays. En réalité, cette proposition était la défense détournée de la législation religieuse.

Le ministre de la justice a répondu à toutes ces objections. Il exposa la communauté qui existe entre les peuples et la minime différence qui subsiste entre les individus composant l'humanité.

Il soutint d'autre part que la République turque, décidée à reprendre sa place dans la civilisation européenne, était obligée de prendre comme base de sa législation les principes du droit moderne. Il ajouta que cela était même une obligation internationale étant donné certaines dispositions du traité de Lausanne. En effet, ce traité contient une déclaration sur l'administration judiciaire en Turquie dans laquelle le gouvernement s'engageait implicitement à doter le pays de lois modernes.

Quant à l'objection d'après laquelle chaque peuple devait avoir ses lois propres, le ministre a montré l'exemple de

la Belgique, de la Hollande, de l'Espagne et de l'Italie qui ont introduit dans leur législation, avec quelques modifications, le code civil français. Il fit remarquer d'autre part que le code suisse avait sa source dans le droit romain plutôt que dans le droit canon.

Pourquoi le code civil suisse et pas un autre ?

Le code civil français est déjà bien ancien, et en réalité en France, c'est la jurisprudence, plutôt que le code civil, qui régit les affaires des citoyens. Quant au code civil allemand, bien que parfait, il est trop philosophique pour être compris même par les juges. Tandis que le code civil suisse est d'un caractère populaire incontestable. Il est simple et facile à comprendre. Il est appliqué en Suisse avec succès malgré les diversités de langue et de culture qui la composent (1).

Ces déclarations du Ministre ne firent pas changer d'avis les membres de la Commission. Cette dernière fut alors dissoute par le gouvernement, convaincu de la nécessité d'adopter le code civil suisse. Une nouvelle commission, de 26 membres, composée de magistrats, professeurs, hommes politiques, fut constituée. Elle avait pour tâche de traduire, avec certaines modifications, le code civil suisse.

Elle commença de travailler le 11 septembre 1924 sous la présidence de Chukru Kaya à l'interprétation du code civil

---

(1) « Ce choix n'étonnera personne, dit Gentizon, si l'on sait l'influence exercée à Angora par tout un groupe de jeunes intellectuels qui, avant et pendant la guerre mondiale, ont fait leurs études en Suisse romande. Tous ces licenciés des universités de Genève, Lausanne et Fribourg s'efforcèrent, dès le début de la révolution turque, d'introduire dans leur pays la législation et les méthodes appliquées dans différents domaines de l'activité nationale helvétique. (P. Gentizon. Mustapha Kemal ou l'Orient en marche. *Op. Cit.*, p. 215).

suisse et à sa traduction en turc. Néanmoins, au sujet de plusieurs questions d'ordre général, des discussions s'élevèrent. Nous les énumérerons dans un des paragraphes du chapitre suivant consacré au nouveau code civil turc.

La Commission termina ses travaux exactement un an après sa constitution. Le projet ainsi préparé et revu par une Commission parlementaire fut déposé par le gouvernement au bureau de la Grande Assemblée Nationale, soit la Chambre des Députés de Turquie, pour être voté le 17 février 1926.

La discussion du projet de code civil au sein de l'Assemblée était une question bien délicate. En discutant le texte article par article, ceux-ci étant très nombreux, on aurait obtenu une loi contenant des dispositions incohérentes.

Ce système législatif moderne qui comprend l'élaboration, la discussion et enfin le vote « des lois par des assemblées nombreuses a un vice irrémédiable que tout le monde avoue » (1).

Aussi le gouvernement républicain décida de proposer à la Grande Assemblée Nationale qu'aucune discussion ne soit admise et que les amendements éventuels soient renvoyés à la Commission parlementaire qui en tiendrait compte. Le projet définitif serait voté ou repoussé en bloc.

Cette proposition ayant été acceptée, le projet de code civil a été soumis à l'Assemblée Nationale le 17 février 1926 devant une salle comble. Le Président de la République honorait cette séance historique de sa présence.

Le rapporteur de la Commission, Chukru Kaya, prit d'abord la parole. Il affirma la nécessité urgente pour le

---

(1) Planiol et Ripert. *Traité élémentaire. Op. cit.* (T. I, p. 47).

pays d'avoir un code civil moderne. Il loua les grandes qualités du code civil suisse.

Yousouf Kemal, juriste éminent, déclara à son tour les mérites de la nouvelle œuvre. « Peut-être allons-nous ressentir un certain étonnement, *ajouta-t-il*, une sorte d'hésitation à trouver dans cette nouvelle loi des mots, des expressions auxquelles nous ne sommes pas habitués, des dispositions qui nous semblent confuses... Mais en pénétrant mieux l'esprit de cette législation nous serons convaincus en même temps que celle-ci est incomparablement supérieure à cet excellent *Medjellé*... »

Après lui, le ministre de la justice Mahmoud Esad Bozkourt monta à la tribune pour défendre le nouveau code *avec une conviction éloquente et passionnée*. Il insista surtout sur la situation désastreuse que le droit musulman faisait à la femme turque. Le nouveau code lui donnait enfin la place qu'elle mérite. « A mon sens, *disait-il*, la physionomie la plus belle qui se détache dans notre histoire est celle de la femme turque. Le nouveau code se chargera de donner la place qui convient, la place d'honneur, à la *hanoum*, qui a été toujours traitée jusqu'ici en esclave, sans cesser pourtant d'être une dame ».

Il termina son vibrant discours en faisant ressortir l'importance capitale pour la Turquie d'adopter le nouveau code civil.

« Messieurs, *disait-il*, lorsque vos mains se lèveront tout à l'heure pour approuver la nouvelle loi, le cours de treize siècles révolus s'arrêtera et une nouvelle vie, vie féconde et civilisée, s'ouvrira devant la nation turque... »

Après les discours, prononcés au cours de cette séance mémorable, le projet, mis au vote, fut adopté à l'unanimité des votants. Seuls, quelques députés, les derniers représen-

tants de la classe religieuse, se sont abstenus, sans d'ailleurs oser formuler d'objections.

Le nouveau code fut publié au *Journal Officiel* du 4 avril 1926 et entra en vigueur le 4 octobre 1926. La période de transition d'une législation à l'autre fut donc de six mois.

Il n'est pas inutile de remarquer l'importance de cet événement. Un peuple, qui depuis des siècles, se trouvait sous l'empire d'une législation purement théocratique passait, presque sans transition, à une législation laïque. Avec le nouveau code civil, la Turquie rompait en effet définitivement avec toutes les dispositions du *Chériat* (lois religieuses). Elle effaçait entre les diverses populations de l'Etat toutes les distinctions qui étaient basées sur la religion ou sur la race. Ainsi la Turquie, premier parmi les pays musulmans, admettait nettement une conception rationaliste de l'Univers et de l'Humanité. Cette œuvre est certainement une des plus belles conquêtes de la révolution turque (1).

---

(1) P. Gentizon. *Op. cit.*, p. 219.

## CHAPITRE II

### Le nouveau Code civil turc.

#### § 1. — NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE CODE CIVIL SUISSE.

##### SON ORIGINE, SES CARACTÈRES.

D'après une opinion assez répandue, on croit que le nouveau Code civil turc n'est qu'une simple traduction du code civil suisse.

En réalité, il n'en est pas ainsi. La Commission chargée de traduire le code suisse a procédé à des modifications et à des suppressions d'une importance considérable (1). Cependant l'esprit et l'ordre des articles du code suisse ont été minutieusement observés.

Avant d'analyser les suppressions et les modifications apportées au code civil suisse, faisons un bref exposé des origines et du caractère de ce dernier.

L'idée de la codification générale du droit civil suisse n'a trouvé sa première expression officielle que dans l'article 48 de la Constitution helvétique du 12 avril 1798. Aussitôt le Directoir, par un message, invitait les Conseils législatifs à préparer « la rédaction d'un code civil général pour toute la République ». Plusieurs projets furent préparés, mais ils ont été « déposés aux archives comme n'appelant pour le moment aucune décision spéciale ». Pendant une longue période, la Suisse semblait ne pas s'occuper de cette ques-

---

(1) Le Code civil suisse compte 977 articles, le Code civil turc n'en a que 935.

tion. Mais dès 1872 un projet de Constitution fédérale avait voulu donner de nouveau compétence au législateur fédéral pour toutes les matières de droit civil et de procédure. Cette disposition de la constitution fut rejetée, à une faible majorité, par un référendum. Alors on a songé de limiter cette compétence. Et c'est ainsi que la Constitution du 19 août 1874 la réduisait aux matières de l'état civil et du mariage, de la capacité civile, du droit des obligations et de la propriété littéraire et artistique. Ensuite fut notamment votée la loi du 14 juin 1881, qui constitue le premier Code fédéral des obligations.

Mais la nécessité d'achever l'unification du droit civil se faisait sentir chaque jour davantage.

Ce n'est que le 13 novembre qu'un référendum populaire étendit en Suisse la compétence législative fédérale à toutes les matières de droit civil (264.914 oui, contre 101.762 non). L'opposition ne comprenait guère que la Droite Catholique et fédéraliste.

Virgile Rossel justifie cette décision du peuple en ces termes : « Nous ne pouvions plus, d'ailleurs ajourner le travail de la codification. D'abord pour des raisons politiques. Un peuple ne peut garder à la longue son autonomie, que si toute sa pensée est dirigée vers une plus grande cohésion des forces et une plus active solidarité des intérêts qui groupe entre ses frontières... Il n'est plus possible aujourd'hui de conserver dans un petit Etat comme la Suisse, près de trente législations civiles... » (1).

D'ailleurs même avant le referendum, en 1892, M. Eugène Huber, professeur à l'Université de Berne, avait reçu le

---

(1) Rossel (V.) et Mentha (F.). *Manuel de droit civil suisse*. 2<sup>e</sup> édition. 3 vol. In-8°, Lausanne 1922. (T. I, p. 41).

mandat officiel de préparer un avant-projet de code civil, dont la publication eut lieu en 1900.

En 1902, elle était suivie de celle d'un exposé des motifs de l'avant-projet, également rédigé par M. Huber, au nom du Département fédéral de Justice et Police et qui constitue un des documents les plus importants pour l'interprétation du Code.

Une grande Commission rédigea le projet de 1901 à 1903. Ce projet fut discuté par le Conseil National et le Conseil des Etats, jusqu'à 1907. Au cours de ces délibérations, il fut apporté au projet plus d'améliorations de détail que d'innovations fondamentales. La discussion terminée, le projet fut renvoyé à une commission de rédaction, chargée d'assurer la concordance exacte des trois textes ; allemand, français, italien.

Ces trois textes sont considérés comme authentiques. Aucun d'eux n'est la traduction de l'autre. « Nous espérons n'avoir rien négligé, déclare la Commission dans son rapport, pour que la concordance entre les trois textes soit établie. Pour atteindre ce but, nous avons dû souvent adapter le texte allemand aux textes français ou italien, si bien qu'aucun des trois textes ne saurait être envisagé comme une simple traduction » (1). La Commission de rédaction a précisé, d'autre part, là où il parut nécessaire, la pensée du législateur, combla certaines lacunes, et supprima quelques contradictions.

Ce texte ainsi révisé fut adopté à l'unanimité par le Conseil des Etats, le 10 décembre 1907.

Ne demandant pas le referendum dans le délai qui expi-

---

(1) Rapport de la Commission de rédaction du Code civil suisse. 2 novembre 1907, p. 3.

rait le 20 mars 1908, le peuple suisse a tacitement donné son adhésion à l'œuvre de ses représentants. L'entrée en vigueur eut lieu à la date prévue, c'est-à-dire le 1<sup>er</sup> janvier 1912.

Ainsi une grande œuvre venait de se terminer. Il semble que les rédacteurs du Code civil suisse ont eu beaucoup de difficulté pour arriver à cette fin heureuse. La fusion de nombreuses législations, qui avaient cherché leur inspiration générale dans des modèles étrangers très divers et le souci de maintenir les institutions locales traditionnelles, offrait aux rédacteurs une tâche bien difficile (1). Ils ont réussi cependant à élaborer un code original qui conserve un caractère essentiellement national.

Le Code civil suisse a voulu être un droit populaire, souple, et équitable. Moins qu'à faire une œuvre dogmatique et savante, d'une logique et d'une méthode rigoureuse, comme l'est le Code civil allemand, le Législateur suisse a visé à traduire « *les aspirations de la conscience populaire* » et à mettre la loi à la portée de tous ceux qu'elle doit régir.

D'autre part le procédé législatif moderne, dont nous avons déjà signalé les inconvénients, a été évité dans la mesure du possible. On a voulu faire participer tous les Suisses à l'élaboration de leur code civil. Rossel remarque ce caractère populaire du nouveau Code en ces termes : « Si le Code civil allemand est une œuvre de cabinet, s'il est sorti tout fait des délibérations officielles d'une commission, le nôtre, après avoir été préparé par l'un de nos plus éminent jurisconsulte, a été soumis, dès sa première ébauche, à la dis-

---

(1) Les législations cantonales se divisaient en trois groupes : a) le groupe des cantons romans ; influence du Code Civil français. b) groupe inspiré du Code civil autrichien, dont Berne offrait l'exemple. c) groupe soumis à l'influence du droit allemand, et dont le Code Zurich offrait le prototype.

cussion publique. La Chambre, la presse, les hommes de loi, les sociétés politiques, industrielles, commerciales, toutes les classes de la population et jusqu'au simple citoyen y ont pris une part active et lui ont assuré leur précieuse collaboration » (1).

Vu l'ensemble, le code civil suisse a un caractère individualiste. Mais si on prend en considération les dispositions relatives aux abus de droit, et la limitation des droits en général, on est amené à admettre que le législateur suisse a voulu *opérer une synthèse de l'individualisme et du socialisme* (2).

Parmi les caractéristiques du code suisse, il faut aussi signaler sa liaison étroite avec la morale. La place considérable qu'il donne à la bonne foi en est un exemple.

Le législateur turc, en prenant ce code comme modèle, ne s'est certainement pas trompé.

## § 2. — LES MODIFICATIONS APPORTÉES AU CODE SUISSE PAR LE LÉGISLATEUR TURC.

Nous parlerons des modifications apportées au code civil suisse en commençant par le droit des personnes et de la famille.

a) L'article 14, al. 1<sup>er</sup> du C. C. S. fixe la majorité à vingt ans révolus. Le C. C. T. l'a fixée à dix-huit ans révolus (art. 11, al. 1).

L'âge de dix-huit ans révolus était aussi l'âge admis par les auteurs du décret-loi de 1917 relatif au droit familial.

L'émancipation qui peut se faire en Suisse à partir de

---

(1) Rossel et Mentha. *Op. cit.* T. I, p. 49.

(2) Richard (A.). *La vie juridique des peuples : Suisse*. In-8°, Paris 1935, p. 179.

dix-huit ans révolus, est autorisée en Turquie à partir de quinze ans (art. 12, al. I).

L'âge requis en Suisse pour contracter mariage est de vingt ans révolus pour l'homme et de dix-huit ans pour la femme. A titre exceptionnel, ajoute le code civil suisse (art. 96, al. 2), *pour des raisons majeures, le gouvernement cantonal du domicile peut néanmoins déclarer une femme de dix-sept ans et un homme de dix-huit ans révolus capables de contracter mariage si les parents ou le tuteur y consentent.*

Le C. C. T. a modifié ces dispositions comme suit : tout d'abord, l'âge requis pour se marier est abaissé par l'art. 88 à dix-huit ans révolus pour l'homme et à dix-sept ans pour la femme. Quant à l'alinéa 2 de l'article 96 du C. C. S., le C. C. T. apporte une modification assez importante.

En effet, dans le C. C. T. c'est le juge qui déclare capable un homme ou une femme de *quinze ans révolus* de contracter mariage, alors que cette autorisation est donnée en Suisse par le gouvernement cantonal.

Un autre point non moins important est encore modifié. D'après l'article 96, al. 2. du C. C. S., le gouvernement cantonal peut déclarer un mineur capable de contracter mariage *si les parents ou le tuteur consentent.* Le C. C. T. sur ce point se montre moins exigeant ; le juge peut déclarer une femme ou un homme de quinze ans révolus capable de contracter mariage *après avoir entendu* les parents et le tuteur. Donc, le consentement des parents qui est dans le C. C. S. une condition de l'autorisation n'est pas dans le code civil turc. Le juge *entendra* les parents avant d'autoriser le mariage d'un mineur âgé de plus de quinze ans, mais il n'est pas lié par leurs déclarations ; leur consentement ne constitue pas une condition du mariage.

La fixation de l'âge requis pour se marier constitue en Turquie une réforme d'une importance capitale. On sait que, dans la loi coranique, il n'y a pas d'âge légal pour se marier, aussi, sous l'empire de cette soi-disant législation matrimoniale, des unions révoltantes ont été sanctionnées. « Cette législation puéile, malsaine et saugrenue, appliquée pendant des siècles, a eu les effets les plus déplorables sur la société turque » (1).

Depuis le nouveau code civil turc, cette situation a définitivement disparu.

Il faut aussi signaler l'article 277 du C. C. S. qui a été accepté avec une légère modification et qui constitue, pour un pays jusqu'alors soumis à la loi de l'Islam, une innovation vraiment révolutionnaire.

L'article 277, al. 3, du C. C. S. déclare que : *l'enfant âgé de seize ans révolus a le droit de choisir lui-même sa confession*. L'article 266, al. 2 du C. C. T. modifie ce texte en ces termes : *le majeur est libre de choisir sa religion*.

Si on se rappelle que d'après la loi coranique, la conversion d'un Musulman était punie de peine de mort, on se rend compte de l'importance de ce petit alinéa introduit dans la loi d'un pays musulman. Aussi, semble-t-il de vives discussions se sont engagées au sein de la Commission à propos de cette disposition. Mais définitivement, elle a été adoptée avec la modification sus-mentionnée. Il aurait été vraiment regrettable qu'on impose même implicitement une religion aux citoyens, comme au Moyen Age. Comme l'a récemment déclaré Mahmoud Esad Bozkourt, le frein aux trop nombreux changements de religion ne peut pas être confié à la loi mais à l'éducation nationale (2).

---

(1) P. Gentizon. *Op. cit.*, p. 222.

(2) *Inkilap dersleri*. (Milliyet, 3 mars 1935).

Le caractère laïque de la nouvelle législation se détache clairement de l'exposé des motifs du code civil turc. Cet exposé, qui est un réquisitoire serré de la législation religieuse, contient entre autres les passages suivants :

« Les préceptes théologiques sont, devant la société qui évolue sans cesse, des mots vides de sens et une forme inerte. L'immutabilité est le propre des dogmes. En raison de cette caractéristique, ces derniers doivent rester dans les limites des croyances. Les lois qui s'inspirent des religions enchaînent les sociétés dans lesquelles elles sont appliquées, aux époques primitives où elles ont pris naissance. En conséquence, elles constituent un des plus grands obstacles au progrès. Il est hors de doute que les lois qui nous régissent — lois inspirées par les maximes religieuses et se reliant à la théologie — ont contribué pour beaucoup à asservir la nation turque — au milieu du siècle actuel — à des préceptes du Moyen Age.

La République turque aurait manqué à son idéal de civilisation qu'elle accomplit et aurait infirmé sa raison d'être si elle ne dotait pas le pays d'un code civil réglant la vie sociale et inspirée par les besoins de la nation. La caractéristique des Etats composant la société civilisée d'aujourd'hui est de voir le monde et la religion comme des choses différentes. La religion, tant qu'elle reste dans les consciences, est pour l'Etat, respectable et inviolable » (1).

D'ailleurs, il paraîtrait absurde que le code civil puisse imposer pour toujours une croyance aux citoyens alors que la constitution de la République proclame, parmi les libertés individuelles, la liberté de conscience.

---

(1) Annuaire de la législation étrangère, 1925. p. 120 et Echo de Turquie, 25 février 1926.

Signalons également que le C. C. T. autorise les mariages mixtes (1). La loi religieuse ne les autorisait que pour le mari, c'est-à-dire qu'un Musulman pouvait se marier avec une non-musulmane, mais une musulmane ne pouvait jamais se marier avec un non-musulman.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du C. C. T., aucun non-musulman n'avait épousé officiellement une musulmane ; une telle union comportant pour les deux « complices » la peine de mort. Cependant, ces mariages défendus n'étaient pas rares sous l'empire de la loi religieuse. Une simple formalité les rendait valables. Il suffisait au futur mari non-musulman de répéter devant deux témoins une formule qui le rendait musulman. D'après les statistiques, ce genre de mariage était plus courant que les mariages véritablement mixtes autorisés depuis dix ans par le C. C. T. Il semble que la majorité en Turquie soit restée sur ce point assez intransigeante. *Il est vrai que rien n'est aussi persistant qu'un préjugé sucé avec le lait.*

Une des plus sombres institutions du Chériat à laquelle le code civil turc ait mis définitivement fin est la polygamie. L'article 112 du C. C. T. déclare que *le mariage est nul lorsqu'un des époux était déjà marié au moment de la célébration.*

Comme nous l'avons dit dans un appendice de notre première partie, les Turcs n'ont jamais adopté cet usage. En fait, à part quelques exceptions, les Turcs sont restés monogames. Dans l'Assemblée Nationale qui a voté le code civil turc, se trouvaient deux députés seulement bigames qui ont voté du reste pour le nouveau code.

---

(1) Le premier mariage mixte a été célébré à Istantbul à la mairie de Beyoglou entre une veuve musulmane et un ingénieur italien catholique en avril 1927.

e) L'article 112, al. 2 du C. C. T. introduisait une clause qui prohibait et déclarait nul le mariage contracté avec sa mère, sa sœur ou son frère de lait. Cette adjonction, qui est une des dispositions de la loi coranique a été supprimée peu après par l'article 544 du code turc des obligations.

f) Le divorce et la séparation de corps. D'après l'article 147, al. 1<sup>er</sup> du C. C. S., la séparation de corps est prononcée pour une durée d'un à trois ans ou pour un temps indéterminé. L'article 139 du C. C. T. n'a pas fait mention des mots « ou pour un temps indéterminé ». Donc, il n'admet la séparation de corps que pour trois ans au maximum.

Dans l'article 142, le C. C. T. n'a pas prévu que le délai d'interdiction de remariage puisse être étendu à trois ans en cas de divorce prononcé pour cause d'adultère (art. 150, al. 1<sup>er</sup> C. C. S.). L'interdiction ne peut être prononcée, dans aucun cas, pour une durée de plus de deux ans.

Enfin, le juge qui, dans le C. C. S. (art. 152) est autorisé à *accorder à l'époux innocent qui tomberait dans le dénuement par suite de la dissolution du mariage, une pension alimentaire proportionnée aux facultés de l'autre conjoint, même si ce dernier n'a pas donné lieu au divorce*, n'est autorisé dans le C. C. T. à accorder cette pension *que pour la durée d'un an* (art. 144).

La question du divorce a été un des points les plus discutés au sein de la Commission chargée d'élaborer le code. Quelques-uns des membres ne pouvaient admettre que le droit du mari de répudier sa femme puisse être si facilement écarté. Un autre membre proposait d'accorder à la femme aussi le droit de répudier son conjoint, droit que la loi coranique accordait seulement au mari. Enfin, une autre proposition tendait à admettre le divorce par consentement mutuel. Un moment même, cette proposition semblait ga-

gner du terrain. Mais finalement, ce sont les dispositions du C. C. S. qui ont été adoptées avec les modifications que nous avons signalées.

g) La nationalité de la femme mariée. Le C. C. S. déclare que *l'enfant légitime porte le nom et acquiert le droit de cité de son père*. Cet article se trouve dans le C. C. T. Les mots *droit de cité* sont seulement changés par le mot *nationalité*. Mais, l'article 161, al. 1<sup>er</sup>, du C. C. S. a reçu une modification qui semblait de grande importance. Cet article du C. C. S. décide que *la femme porte le nom et acquiert le droit de cité de son mari*. Le législateur a biffé les derniers mots et s'est contenté de dire seulement que la femme porte le nom de son mari. On pouvait dès lors se demander si le code civil turc a entendu poser le principe que le mariage ne confère pas la nationalité turque à l'épouse étrangère (1).

Il semble que cette restriction dans la reproduction de l'article 161 du C. C. S. avait pour raison, de vouloir confier cette question importante de la nationalité de l'épouse étrangère à une loi spéciale qui fut la loi sur la nationalité turque du 28 mai 1928. De sorte que les motifs biffés dans l'article 161 du C. C. S. se trouvent désormais reportés dans cette loi.

h) Le régime matrimonial du droit commun. Une des plus importantes modifications apportées au code civil suisse concerne le régime matrimonial sous lequel les époux sont placés à défaut de contrat de mariage.

Le régime légal qui est dans le code suisse le *régime de l'union des biens* (art. 178) est dans le code turc le régime de la séparation des biens : *les époux sont placés*, déclare

---

(1) Secrétan. Le nouveau code civil turc. (Bul. So. lég. étr. 1927, p. 361). Voir aussi « Revue du droit international privé », 1925.

l'article 170, *sous le régime de la séparation de biens, à moins qu'ils n'aient adopté par contrat de mariage un autre régime prévu par la loi.*

Parmi les dispositions générales relatives au régime matrimonial, le code civil turc n'a pas tenu compte des alinéas 2 de l'article 182 et 2 de l'article 192 du C. C. S., relatifs à la séparation de biens légale et à l'affectation du produit du travail de la femme, au paiement des frais du ménage.

Des modifications apportées au code civil suisse en dehors des matières sus-citées.

a) L'absence de la souveraineté cantonale en Turquie, a rendu nécessaire la suppression de toute une catégorie des dispositions du code civil suisse. D'autre part, on sait que la Suisse n'a pas encore unifié sa législation relative à la procédure civile. L'organisation judiciaire et la procédure restent soumises à la souveraineté cantonale (art. 64, de la constitution fédérale). C'est ainsi que le code civil suisse s'abstient de préciser l'instance qualifiée pour connaître les problèmes traités. Il se contente de dire seulement soit *juge*, soit *autorité compétente*.

Tandis que le code civil turc détermine dans chaque cas et toutes les fois qu'il y a lieu l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur les litiges. La Turquie possède en effet un code de procédure civile inspiré de celui du canton de Neuchâtel et auquel ont été incorporés des articles des codes français et allemand. Il est en vigueur depuis le 18 juin 1927.

b) En Suisse, tout citoyen possède un double indigénat : fédéral et cantonal. Il ne jouit de la nationalité suisse qu'à raison de son appartenance à un canton (art. 3 de la cons-

titution fédérale). *Tout citoyen, d'un canton, déclare cet article, est citoyen suisse.* De plus, le citoyen est rattaché administrativement à l'intérieur de son canton et à une circonscription déterminée, sa « commune d'origine » dont il reste « bourgeois » aussi longtemps qu'il garde la nationalité suisse (1).

La République Turque est par contre un état unitaire. On n'y trouve ni des cantons, ni des *communes d'origine*. Et cette différence a entraîné diverses modifications.

Notamment, l'article 22 du C. C. S. qui déclare que l'origine d'une personne est déterminée par son droit de cité, l'article 278 qui parle du lieu d'origine et l'article 296, al. 2, qui détermine les droits de la commune d'origine n'ont pas trouvé place en entier dans le code civil turc.

c) Personne morale. Le code civil turc qui reproduit textuellement l'article 52, al. 1<sup>er</sup> du C. C. S., a biffé l'alinéa 2 de cet article qui dispose comme suit : « Sont dispensés de cette formalité les corporations et les établissements de droit public, les associations qui n'ont pas un but économique, les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille ».

Devant cette abstention du code civil turc, on est amené logiquement à conclure que les personnes morales, citées dans l'article 52, al. 2, du C. C. S., ne sont pas dispensées de la formalité que les personnes morales de l'alinéa 1<sup>er</sup> sont tenues de remplir.

Jusque-là, du moins, la situation semble claire. Mais voici que l'article 53 du C. C. T. (art. 60 du C. C. S.) vient mettre le doute. Cet article déclare que : « Les associations politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bien-

---

(1) Secrétan. Bul. So. lég. étr. 1927, p. 364.

faisance, de récréation ou autres qui n'ont pas un but économique, acquièrent la personnalité dès qu'elles expriment dans leurs statuts la volonté d'être organisées corporativement ».

Espérons que le législateur turc mettra fin à cette incertitude avec la loi sur les associations que nous croyons savoir en préparation.

d) La prescription acquisitive. Les délais. — Le laps de temps nécessaire pour la prescription acquisitive de la propriété foncière qui est dans le code civil suisse trente ans (art. 662), a été abaissé par le code civil turc à vingt ans (art. 639).

Plusieurs autres articles du code civil suisse (art. 48, 140, 253, 508, 521, 527, etc.) ont été également modifiés suivant les besoins de la Turquie. Par exemple l'article 46 du code civil suisse prescrit que *toute naissance doit être déclarée dans les trois jours à l'officier de l'état-civil*. Dans le code civil turc, ce délai est d'un mois.

L'ensemble des modifications concernant les délais tend plutôt vers leur prolongation à cause de la différence de superficie des deux états, et surtout à cause de l'état du réseau ferroviaire de la Turquie qui n'a pas encore atteint le développement de celui de la Suisse.

Comme ce paragraphe vient de nous le démontrer, le législateur turc a fait subir des modifications considérables au code civil suisse toutes les fois qu'il se trouvait devant une disposition qui ne s'adaptait pas avec les mœurs, les usages et les possibilités du pays.

Ce travail fut fait avec une attention minutieuse telle que le code civil turc a gardé intact l'esprit du code suisse.

La Commission de rédaction ne se considérait pas cepen-

dant comme liée par les usages qui lui semblaient condamnables. Ainsi que le législateur suisse, le législateur turc était convaincu que les lois doivent améliorer les mœurs et les relations sociales.

§ 3. — LES OBJECTIONS FAITES AU LÉGISLATEUR TURC  
POUR AVOIR CHOISI LE CODE SUISSE.

1° La différence des sociétés suisse et turque. — Comme nous l'avons déjà signalé, dès les travaux préparatoires, le choix du plus jeune des codes européens a soulevé des objections. Les adversaires de ce choix arguaient de la différence de mentalité et de besoins entre les populations de Suisse et de Turquie.

Ces critiques pour tous ceux qui connaissent les Turcs ne sont pas fondées. Certes, la majorité du peuple turc — comme une grande partie des peuples composant l'Europe — n'est pas encore arrivée au degré d'instruction des Suisses. Mais tous les savants qui ont étudié l'histoire et la vie sociale de ce peuple sont unanimes pour déclarer qu'il est capable de s'adapter avec une facilité surprenante à tout ce qu'il lui semble bon et raisonnable.

L'acceptation joyeuse de la nouvelle législation par l'ensemble du peuple, la bonne volonté avec laquelle ses prescriptions furent observées depuis dix ans, en sont une nouvelle preuve.

« ... Nous avons rejeté le point de vue selon lequel un code parfait d'une nation civilisée serait inapplicable en Turquie ; car cette thèse reviendrait à affirmer que la civilisation n'est pas applicable ou accessible au peuple turc. Or, c'est là une prétention catégoriquement démentie par

les événements, par le présent et par l'histoire. Toute l'histoire de la reconnaissance turque est là pour prouver que notre nation n'a jamais été réfractaire à toute innovation saine, répondant aux besoins du siècle » (1).

2° Les pouvoirs du juge. — *La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de ses dispositions.*

*A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait, s'il avait à faire acte de législateur.*

*Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence* (art. 1<sup>er</sup>, C. C. S. et C. C. T.).

Cet article a été souvent critiqué. On a dit que la liberté accordée au juge était susceptible de l'amener à statuer arbitrairement.

Mais si on étudie de près les pouvoirs du juge en Suisse et en Turquie, on s'aperçoit que ce n'est point une justice patriarcale qui a été rétablie par l'article 1<sup>er</sup> de ces codes, ni un recours pur et simple au système de la « libre recherche » qui a été institué (2).

Le législateur s'est montré l'adversaire des formules rigides. Il a volontairement donné à ces prescriptions une rédaction souple, de façon à permettre aux tribunaux de suivre *l'évolution des idées* (3). Plusieurs articles réservent expressément l'appréciation souveraine du juge. Ce dernier est même invité dans certaines circonstances à énoncer lui-même la règle de droit applicable (4).

(1) Exposé des motifs, C. C. T. p. 3.

(2) F. Geny. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2<sup>e</sup> éd. 2 vol. In-8°, Paris 1932 (n. 203).

(3) Exposé des motifs. C. C. S. I. p. 14.

(4) A. Richard. *Op. Cit.*, p. 182.

Mais le code condamne aussi tout examen superficiel et formaliste des faits en exigeant du juge la conviction qu'il se conforme aux principes du droit. La doctrine et la jurisprudence sont les deux guides que le code l'engage à suivre.

Ce système qui avait suscité certaines craintes lors de l'adoption du code suisse a été aussi un point sur lequel les adversaires de la nouvelle législation turque s'appuyèrent en particulier.

Le juge turc était-il capable d'utiliser sans abuser les pouvoirs que le nouveau code lui accordait ? Ce juge, qui avait l'habitude de trancher les différends selon son bon plaisir, sous l'empire de la loi religieuse, était-il apte de devenir d'un seul trait le juge qu'exigeait le nouveau code ?

Le gouvernement de la République a pris, avant même la promulgation, des mesures propres à assurer la parfaite application du code civil. Il a fait traduire en turc le manuel du droit civil suisse de Virgile Rossel, ancien professeur à l'Université de Berne, membre du Tribunal fédéral suisse, ainsi que les œuvres de Curti-Forrer et d'Alfred Martin. Il a fondé la Faculté de Droit d'Ankara qui avait comme but de préparer des jeunes juges, cultivés dans la science du droit moderne. Un grand mouvement de la magistrature s'est opéré. A mesure que les Facultés de Droit d'Istanbul et d'Ankara préparaient les nouveaux licenciés, on les nommait en remplacement des juges dont les connaissances juridiques n'étaient autres que la loi coranique.

Depuis dix ans que le code civil turc est en application, la magistrature s'est montrée digne de la confiance qui lui a été témoignée.

Les juristes européens qui ont travaillé comme conseil-

lers auprès du gouvernement, en quittant récemment la Turquie ont déclaré tous, dans leurs rapports, que le juge turc n'était nullement au-dessous des juges des autres pays du monde au point de vue de la compréhension et de l'application de la loi et de la dignité de la profession. Ils ont ajouté qu'ils seraient heureux de le répéter partout.

---

### CHAPITRE III

#### Le lien du mariage dans le code civil turc.

---

La préoccupation primordiale du législateur turc en matière de famille se trouve par une coïncidence frappante identique à celle du législateur suisse. Les rédacteurs du code civil suisse voulaient protéger la famille dont les liens se trouvaient relâchés sous l'influence d'un mouvement individualiste (1). Ils désiraient accorder à la femme mariée, en lui reconnaissant l'exercice des droits civils complets, une indépendance plus large que celle que lui attribuaient plusieurs des anciennes lois cantonales (2).

Le législateur turc, de son côté, était dans la nécessité urgente d'organiser et de réglementer l'institution de la famille qui se trouvait depuis des siècles, sous l'empire de la loi religieuse, dans l'anarchie la plus complète. La situation de la femme mariée, comme nous l'avons constaté dans notre deuxième partie, consacrée au droit musulman, exigeait l'intervention immédiate de l'Etat. *Les archives de nos tribunaux*, déclarait le rapporteur du code civil turc à la tribune, *sont pleines d'un martyrologe lamentable d'enfants sans père légitime, de femmes abandonnées par leur mari, de fillettes par leur tuteur...*

Cependant, si les deux législateurs, turcs et suisses, avaient la même préoccupation en matière de droit familial,

---

(1) Rossel et Mentha. *Op. cit.* T. I., p. 157.

(2) Richard. *Op. cit.*, p. 187.

l'importance et la portée des réformes qu'ils ont réalisées ne sont nullement comparables.

La Suisse, en unifiant les dispositions cantonales, avait en vue la protection de la famille et de la femme et voulait avant tout diriger l'évolution du droit cantonal qui lui semblait suivre les mœurs nouvelles de trop près. La loi cantonale ne pensait pas à mettre un frein aux idées qui se développaient dont l'évolution rapide pouvait être nuisible à la société suisse. Le code, avec ses dispositions souples, confiait ce rôle de régulateur au Tribunal fédéral.

La Turquie en adoptant le nouveau code réalisait un changement dont la portée dépasse les cadres d'une réforme. Elle ne s'est pas contentée de réformer ou d'améliorer les règles juridiques antérieures, elle les a abolies. Le législateur turc se montra extrêmement ferme devant les tendances de certains juristes qui voulaient introduire dans la nouvelle législation quelques règles de l'ancien droit. Il voulait rompre à tout prix avec le passé. Il avait raison car, vouloir faire une loi dont les principes seraient tantôt empruntés à la doctrine du clergé musulman, tantôt aux dispositions du code suisse, fruit d'une mentalité à caractère universel pouvant concilier plusieurs races et religions, aurait été une œuvre vaine et surtout irréalisable. Aucune des modifications que le code civil turc a apportées au code civil suisse n'est inspirée du droit canon musulman.

Nous concluons donc en disant que si le code civil suisse est une réforme d'une importance capitale pour le droit privé de la Suisse, le nouveau code civil turc est pour la Turquie une véritable révolution, notamment en matière de droit familial.

Nous résumerons les lignes essentielles du lien du ma-

riage du nouveau code civil turc dans les trois paragraphes suivants.

§ 1. — LA FORMATION DES LIENS DU MARIAGE.

Avant de dire quelles sont les règles et les conditions de la formation du lien du mariage, il nous faut dire un mot des fiançailles qui le précèdent et auxquelles le code civil turc a consacré un chapitre particulier (Liv. II, chap. I<sup>er</sup>, art. 82 à 87).

A la différence du droit musulman qui ne donnait aucune importance à la promesse de mariage, le code civil turc la prend en considération. Certes, la nouvelle loi ne s'occupe pas de la promesse de mariage pour en sanctionner l'inexécution comme elle sanctionnerait l'exécution d'une obligation de faire. Elle n'admet pas la force obligatoire des fiançailles. Elle déclare nulles les stipulations de *peine conventionnelle*. Mais elle trouve juste et équitable de donner une action en indemnité pour cause de rupture de fiançailles et cela dans deux cas bien déterminés :

1° Lorsque l'un des fiancés rompt son engagement sans de justes motifs ;

2° Lorsque l'un des fiancés provoque par sa conduite une rupture justifiée de la part de l'autre.

Dans ces deux cas, la partie en faute doit à l'autre, à la mère et au père (1) ou aux tiers ayant agi en lieu et place de ces derniers, une indemnité équitable pour les dépenses faites de bonne foi en vue du mariage (art. 84 C. C. T.).

Ainsi, le dommage pourra comprendre non seulement les

---

(1) Le code civil suisse, texte français dit « parents ». Mais il faut comprendre également la mère et le père seulement, car le texte italien du code emploie le mot « genitori ».

dépenses faites par le fiancé innocent, mais aussi celles faites par des parents ou par des tiers. Par tiers, il faut entendre non pas les fournisseurs mais les proches qui auraient acheté un trousseau, un mobilier, etc... pour l'un des fiancés (1).

C'est à un résultat analogue que parvient la jurisprudence française quand elle prend en considération les dommages causés par la rupture *sans motifs sérieux* (Cass. req. 12 nov. 1901, Dalloz 1902.1.46. Sirey 1902.1.237). Mais ce n'est pas de la rupture du *contrat* que l'action en dommages et intérêts prend sa source (Dijon, 7 fév. 1928. Dalloz 1928. 2.169, notes de M. Voirin). La jurisprudence française accorde des dommages et intérêts à la partie innocente par l'application du principe général de l'article 1382 du code civil : Tout fait quelconque qui cause à autrui un dommage oblige son auteur à le réparer.

D'après un arrêt du Tribunal fédéral suisse, la qualité de fiancé est suffisante pour réclamer à l'auteur responsable des dommages et intérêts pour le préjudice que lui cause le décès de son fiancé (2). En France aussi, la qualité de fiancé semble être suffisante pour réclamer des dommages et intérêts en pareil cas (C. d'Assises de la Dordogne, 24 mai 1930. Dalloz 1930.2.133, note de M. Lalou).

Le code civil turc permet aux fiancés de réclamer en cas de rupture les cadeaux qu'ils se sont faits. Cependant, il n'y a jamais lieu à répétition lorsque la rupture des fiançailles est causée par la mort (art. 86).

Signalons enfin que toutes les actions dérivant des fiançailles se prescrivent par un an à dater de la rupture

---

(1) Virgil Rossel. Code civil suisse. 4<sup>e</sup> éd. p. 26, note 3.

(2) Arrêts du Tribunal fédéral. XLIV, 2, 67.

(art. 87). Les fiançailles seront ainsi à l'abri des réclamations tardives et du chantage.

Exigences pour la conclusion du mariage. — D'après l'article 88 du code civil turc, l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant dix-sept ans, ne peuvent contracter mariage. (Dans le code civil suisse, l'homme avant vingt ans, la femme avant dix-huit ans. Art. 96).

Mais pour pouvoir contracter mariage, il ne suffit pas d'avoir l'âge requis, il faut aussi être capable de discernement, et le code ajoute que les personnes atteintes de maladie mentale sont *absolument* incapables de contracter mariage (art. 89).

Ainsi le code civil turc comme le code civil suisse a pris nettement parti en faveur de la conception moderne qui, pour des considérations d'hygiène de la race, veut limiter la liberté de conclure mariage et réciproquement rendre plus facile la dissolution du mariage par suite de la maladie mentale qui risque de compromettre la santé du conjoint bien portant et celle de ses enfants (1).

Le législateur turc, ainsi que les législateurs de certains pays (notamment pays scandinaves) a voulu écarter la conception traditionnelle d'après laquelle la liberté en matière de mariage doit être absolue. Il n'a pas suivi les idées de ceux qui déclarent que le mariage, lien spirituel et moral, communauté à base d'une complète intimité, doit précisément trouver son efficacité en cas de maladie.

Il est bien certain qu'on ne peut pas dénier les fondements profonds de la conception adoptée par le législateur qui veut que le mariage soit le début d'une famille saine. Mais nous croyons que la disposition de l'article 89, al. 2, est loin

---

(1) Exp. des motifs C. C. S. p. 114.

d'apporter des solutions pratiques. En effet, il est difficile de déterminer et de définir une maladie purement mentale. Les psychiatres eux-mêmes ne parviennent point à une parfaite compréhension. Où sont les bornes entre la maladie mentale et la parfaite santé de l'esprit, entre la maladie mentale dans le sens le plus strict, et ce qu'on appelle une anomalie? (1). D'autre part, il peut y avoir beaucoup de cas dans lesquels il n'y aura guère d'inconvénient à autoriser le mariage du faible d'esprit dont l'état sans gravité sera souvent amélioré par les soins dévoués d'un conjoint. D'ailleurs, la jurisprudence tend à diminuer le caractère rigoureux de cette disposition en décidant qu'un faible d'esprit, qui est capable de discernement, peut se marier.

D'après l'article 88, al. 2 du C. C. T., à titre exceptionnel et pour des raisons majeures, le juge peut déclarer un homme et une femme de quinze ans révolus capables de contracter mariage. Le juge, avant d'accorder cette autorisation, doit *écouter* les parents ou le tuteur. Le code civil suisse est plus exigeant. Il n'accorde la capacité matrimoniale exceptionnelle qu'à partir de dix-huit ans révolus pour l'homme et de dix-sept ans pour la femme et *si les parents ou le tuteur y consentent*.

Pour les individus majeurs et non interdits, aucune disposition spéciale de capacité n'est exigée. Comme nous l'avons vu, le consentement des parents n'est pas requis dans le code civil turc même pour le mariage des mineurs. Le législateur turc a suivi le législateur suisse qui déclare que le mariage est un droit éminemment personnel auquel chacun peut prétendre (2).

---

(1) Ch. Wieland. La vie juridique des peuples : Suisse. *Op. cit.*, p. 244.

(2) Exp. motifs, p. 98.

Quand on compare ces dispositions avec l'ancien texte de l'article 148 du code civil français qui n'autorise le mariage du fils majeur qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accompli, et de la jeune fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt-et-un ans accompli, qu'avec le consentement de leur père et mère, on voit que le droit moderne tend de plus en plus à faire du mariage une affaire strictement personnelle plutôt qu'une affaire de famille.

Les empêchements au mariage à raison de la parenté et de l'alliance sont les mêmes que ceux du code civil français.

Le mariage est prohibé entre parents en ligne directe, entre frères et sœurs germains, consanguins ou utérins, entre oncle et nièce, tante et neveu, que la parenté soit légitime ou naturelle ; entre alliés en ligne directe, même si le mariage dont résulte l'alliance a été annulé ou dissous par suite de décès ou de divorce (art. 92 C. C. T.).

On remarque que le code civil turc n'a pas prohibé le mariage entre beau-frère et belle-sœur, comme le code civil français.

Le législateur turc avait ajouté à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 92 que le mariage est également prohibé entre frères et sœurs de lait. Mais cette disposition coranique a été par la suite abrogée par l'article 544 du code turc des obligations.

L'article 93 du code civil turc consacre définitivement la monogamie. Toute personne qui veut se marier, dit le texte, doit établir que son précédent mariage a été dissous par le décès, le divorce ou un jugement de nullité. Par une mesure libérale et pratique, le code permet au conjoint d'une personne absente de demander au juge la dissolution de son mariage, lorsque les conditions de la déclaration d'absence se trouvent réunies. Il peut demander la

dissolution de son mariage en même temps que la déclaration d'absence ou par une action séparée (art. 94, C. C. T.).

Les formalités relatives à la publication du mariage sont très simples. Les fiancés doivent faire publier par l'officier de l'état civil la promesse de mariage. La déclaration est faite à l'officier de l'état civil du domicile du fiancé. Il n'y a qu'une publication, mais qui est faite concurremment au domicile et au lieu de naissance des fiancés (art. 98, C. C. T.).

Le droit de former opposition au mariage appartient à tout intéressé pendant dix jours à dater du jour de la publication. L'opposition doit se fonder sur l'incapacité de l'un des fiancés ou sur l'existence d'un empêchement légal. L'officier de l'état civil est tenu d'écarter purement et simplement toute opposition qui n'est pas fondée sur l'un de ces motifs (art. 100, C. C. T.).

Le code civil turc sanctionne le système du mariage civil exclusif. L'article 110 défend de procéder à la cérémonie religieuse avant le mariage civil. Le mariage ne peut être valablement conclu que par un fonctionnaire de l'Etat. *Le fonctionnaire chargé de marier* déclare les fiancés unis par le lien du mariage *en vertu de leur mutuel consentement* (art. 109, C. C. T.).

Sanctions des conditions précitées. Nullité. — La matière des nullités de mariage est traitée dans le code civil turc d'une façon très claire. Le code distingue en effet nettement les nullités absolues, c'est-à-dire les cas dans lesquels tout intéressé et l'autorité compétente (Procureur général) peuvent intenter l'action, et les nullités relatives qui ne peuvent être invoquées que par les conjoints.

Le mariage est nul, d'une nullité absolue, lorsque l'un des époux était déjà marié au moment de la célébration, lorsqu'un des époux était atteint d'une maladie mentale,

ou incapable de discernement, et enfin lorsque les conjoints sont parents ou alliés à un degré prohibé (art. 112, C. C. T.).

L'article 114 nous cite cependant deux cas dans lesquels la nullité perd son caractère absolu pour devenir une nullité relative ou pour ne plus avoir aucune efficacité. En effet, lorsque l'époux incapable de discernement, ou atteint d'une maladie mentale, a recouvré la plénitude de ses facultés, la nullité du mariage ne peut plus être demandée que par l'un ou l'autre des époux (al. 2).

D'autre part, il n'y a pas lieu à nullité, ni absolue, ni relative, dans le cas de bigamie, lorsque le précédent mariage a été dissous par le divorce dans l'intervalle, c'est-à-dire, entre la célébration du second mariage et la demande en nullité — et que le conjoint de la personne déjà mariée était de bonne foi (al. 3).

Les causes de nullité relatives qui ne peuvent être invoquées que par les conjoints sont : l'erreur, le dol et la menace. L'erreur consiste à consentir à la célébration d'un mariage qui, en réalité, n'est pas désiré, ou à se tromper sur les qualités *essentielles* du conjoint. Par qualités *essentielles*, il faut entendre les qualités dont l'absence rend la vie commune insupportable (art. 116, C. C. T.). Quant aux manœuvres dolosives, elles sont une cause de nullité quand elles ont abouti à une erreur décisive sur l'honorabilité du conjoint et quand elles ont consisté en une dissimulation d'une maladie dangereuse pour la santé du demandeur ou celle de sa descendance (art. 117, C. C. T.).

Il n'est pas nécessaire que les manœuvres dolosives soient l'œuvre de l'un des époux. La nullité relative peut être invoquée même si le demandeur a été induit à dessein en une erreur décisive par un tiers de connivence avec le conjoint. Enfin, l'article 118 stipule que le mariage peut

être également attaqué par l'un des époux, lorsqu'il a été contracté sous la menace d'un danger (grave et imminent) pour la vie, la santé ou l'honneur du demandeur ou de l'un de ses proches. Le mot « proches » s'applique, dit V. Rossel, aux parents rapprochés de même qu'à une fiancée, à un pupille, etc... à une personne à laquelle on est uni par lien étroit de sollicitude ou d'affection (1).

L'action en nullité relative se prescrit par six mois à compter du jour où l'ayant droit a découvert la cause de nullité, ou a cessé d'être sous l'empire de la menace et, dans tous les cas, par cinq ans depuis la célébration du mariage. Quant à la prescription de l'action en nullité absolue, aucun article n'y fait allusion. Ce sera donc le droit commun qui régira la nullité absolue du mariage.

À côté des nullités proprement dites, il existe des empêchements simplement prohibitifs qui n'entraînent pas nécessairement la dissolution du mariage.

C'est ainsi que le mariage conclu entre personnes auxquelles la loi l'interdisait, pour cause d'adoption, ne sera pas déclaré nul (art. 121, C. C. T.). De même le mariage ne peut être déclaré nul pour cause d'inobservation de formalités légales, ou parce qu'il aurait été contracté avant l'expiration des délais légaux et judiciaires pendant lesquels il est interdit à une personne de se marier (art. 122 et 123, C. C. T.).

L'effet de la nullité du mariage. — En droit français quand un mariage est déclaré nul, il ne peut plus produire aucun effet. Il disparaît rétroactivement. Il est réputé n'avoir jamais existé, réserve faite en ce qui concerne les mariages putatifs dont la nullité ne rétroagit pas quand les

---

(1) V. Rossel. *Op. cit.*, p. 33, note 3.

époux ou du moins l'un des deux époux était de bonne foi et qu'une forme quelconque de célébration a précédé leur union.

En droit civil turc au contraire, tout mariage nul ou annulé ne disparaît pas dans le passé. Les enfants sont légitimes, ils conservent leur statut légal acquis par le mariage, même lorsque leur père et mère n'étaient pas de bonne foi. Les droits et obligations des parents sont réglés comme en cas de divorce (art. 125, C. C. T.). Cependant la femme ne pourra conserver ses droits acquis par le mariage annulé qu'à condition qu'elle ait été de bonne foi lors de la célébration du mariage. Sa bonne foi consiste à ignorer l'empêchement qui s'opposait à la formation de ce lien, ou le vice qui a rendu insuffisantes les formalités remplies par la célébration (1).

## § 2. — LES EFFETS GÉNÉRAUX DU MARIAGE.

L'article 161 du code civil turc déclare que la célébration du mariage crée l'union conjugale. Dans cette union les époux ont des devoirs communs à l'égard l'un de l'autre. Ils s'obligent mutuellement à assurer la prospérité de l'union d'un commun accord et à pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants. Ils se doivent l'un à l'autre fidélité et assistance. Ces devoirs sont d'ordre moral. Le droit joue un rôle secondaire, il n'intervient que pour constater le manquement à ces devoirs et pour en régler les conséquences, non pas pour en sanctionner l'exécution. L'essentiel est que les époux aient la volonté de s'entendre mutuellement. Il est incontestable que ces dispositions font

---

(1) Planiol et Ripert. *Op. cit.* T. I, p. 389.

bien sentir aux époux l'esprit de l'union conjugale et contribuent à déterminer la situation respective du mari et de la femme dans cette union.

Le mari est le chef de l'union conjugale (Art. 152, C. C. T.). Cette prééminence du mari ne lui confère pas une sorte de tutelle maritale (1). L'idée qui domine dans l'institution de la puissance maritale n'est pas la soumission que la femme doit au mari comme chef du ménage, ni l'idée de protection que requiert un sexe faible et inexpérimenté. La prééminence que le code accorde au mari n'a pas pour corollaire la subordination et l'incapacité juridiques de la femme mariée. La femme n'est pas un instrument aveugle de la volonté du mari. Elle peut invoquer l'aide de l'autorité compétente quand elle estime que les mesures prises par le mari en tant que chef de l'union conjugale sont néfastes ou injustifiées. Si le mari est le chef de l'union, la femme est la dirigeante du ménage (Art. 153, C. C. T.). Du moment que la femme remplit les devoirs que lui confère la direction du ménage et l'éducation des enfants et qu'elle ne commet pas d'acte qui renferme un attentat contre la pudeur ou qui lèse les sentiments du mari, elle est entièrement libre et n'a pas de comptes à rendre au mari sur la manière dont elle organise sa vie privée (2).

On ne peut plus admettre que la femme ne soit pas maîtresse de voir quelqu'un qui ne plaît pas à son mari. — Le mari n'a pas le droit de dire : « Madame, vous ne sortirez pas, — Madame, vous n'irez pas à la Comédie, — Madame, vous ne verrez pas cette personne ».

L'individualité des époux est reconnue d'une façon for-

---

(1) V. Rossel. *Op. cit.*, p. 44, note 1.

(2) Ch. Wieland. *Op. cit.* p. 242.

melle. Certes le mari est le chef de l'union conjugale ; mais cette attribution ne lui est conférée que parce que tout groupement a besoin d'une certaine discipline et d'un chef, et non parce que la femme est faible de raison. Du reste, il ne faut pas croire que le mari est seul maître des intérêts familiaux. A ses côtés, la femme collabore à son œuvre de direction en lui apportant le concours de ses aptitudes particulières et de son autorité morale. *Elle lui doit, dans la mesure de ses forces, aide et conseil en vue de la prospérité commune* (Art. 153, C. C. T.).

Le législateur turc, comme le législateur suisse, n'a pas songé à créer pour la femme mariée un régime exceptionnel. « On ne voit pas, dit Eugène Hubert, pourquoi une femme ~~serait~~ placée en tutelle par le fait de son mariage, alors qu'auparavant elle possédait l'exercice des droits civils. Son mariage ne l'a dépouillée, ni de son intelligence, ni en particulier de son intelligence des affaires » (1). C'est la même idée qu'exprimait déjà Pothier : « ... Le besoin qu'elle a de l'autorisation de son mari n'est pas fondé sur la faiblesse de sa raison, car une femme mariée n'a pas la raison plus faible que les filles et les veuves, qui n'ont pas besoin d'autorisation » (2).

Le législateur turc qui, en matière de droit familial, avait comme préoccupation primordiale le relèvement de la femme mariée, ne pouvait accorder à cette dernière une moindre indépendance qu'à la femme non mariée.

Cependant, le représentant de l'union conjugale est le mari. C'est lui qui choisit la demeure commune, et donne à la femme son nom ainsi que sa nationalité. Mais pour

---

(1) Exp. des motifs, p. 95.

(2) Pothier, Puissance du mari, n° 3.

les questions où l'intérêt familial ne requiert pas l'intervention du chef de famille, la femme a la même capacité que lui et jouit de la même liberté. En effet, outre le droit de représentation dont elle dispose pour les besoins du ménage (Art. 155, C. C. T.), elle peut exercer avec le consentement exprès ou tacite du mari, des pouvoirs plus larges que ceux dérivant de l'article 155.

La femme possède donc deux sortes de pouvoir : Pouvoir de représentation ordinaire : Schlüsselgewolt — (Pouvoir des clefs, comme le dit le texte allemand) dont l'étendue est déterminée par l'usage et par la condition des époux, puis un pouvoir de représentation extraordinaire et général en cas d'empêchement du mari par suite d'absence prolongée, maladie, service militaire, etc..

Toutefois, lorsque la femme abuse de son droit de représentation, ou lorsqu'elle est incapable de l'exercer, le mari peut lui retirer tout ou partie de ses pouvoirs (Art. 156, C. C. T.). L'incapacité de la femme d'user de son droit de représentation peut dériver non seulement de l'article 14 (incapacité de discernement, interdiction) ; mais aussi du fait qu'elle n'a pas les aptitudes nécessaires pour l'exercer (1).

L'article 157 accorde à la femme le droit de demander au juge d'être réintégrée dans ses droits si elle établit que cette déchéance est injustifiée. Les pouvoirs de la femme, ainsi que les pouvoirs du mari, ne s'exercent pas sans contrôle. L'autorité qui doit veiller, d'une part à ce que l'exercice en demeure libre, et que leur usage ne porte pas atteinte à l'union conjugale, peut intervenir, soit à la requête de l'un des époux, soit spontanément, pour prescrire

---

(1) V. Rossel. *Op. cit.*, p. 45, note 2.

des mesures prévues par la loi et qui ont pour but de sauvegarder les intérêts de l'union conjugale. Ces mesures sont notamment : la suppression de la vie commune, ordre aux débiteurs des époux d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de la femme lorsque le mari néglige ses devoirs, etc... (Art. 162 et 163, C. C. T.). Cependant le juge a le droit de prendre des mesures en sus des moyens édictés par les articles 162 et 163. C'est ainsi qu'il doit régler s'il y a lieu la question de la garde des enfants.

On voit donc que le code civil turc procure à la femme mariée une situation particulièrement favorable. Il a réussi à concilier les exigences de la vie commune, avec la dignité de la femme mariée.

Réaliser l'ordre dans le ménage qui exige un minimum de discipline, en même temps qu'accorder une certaine liberté indispensable à chaque époux, était le but difficile à atteindre du législateur.

### § 3. — RUPTURE OU RELACHEMENT DU LIEN DU MARIAGE.

Le mariage peut être dissous par la mort de l'un des époux, par la nullité du mariage, ou par le divorce. Il est relâché par la séparation de corps. Il convient de s'arrêter en particulier sur la question du divorce et de la séparation de corps.

Le code civil turc, à la différence du droit musulman, permet à la femme aussi bien qu'au mari de demander le divorce. Il doit être prononcé par un jugement pour des causes déterminées ou indéterminées.

Aux quatre causes de divorce du code civil français (Art. 229 et s.), le législateur turc a ajouté trois causes déterminées : l'abandon sans de justes motifs, maladie mentale in-

curable, atteinte à l'honneur. Pour que l'atteinte à l'honneur ou la maladie mentale soit une cause de divorce, il faut que la vie commune soit devenue insupportable au demandeur. Quant à la cause indéterminée du divorce, elle est mentionnée dans l'article 134 du C. C. T. dont voici le contenu : « Chacun des époux peut demander le divorce lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable ». Ce texte ne suppose pas nécessairement une faute à la charge de l'un des conjoints ou de tous les deux. Il n'est pas non plus indispensable que la vie commune soit devenue absolument insupportable. Il suffit qu'on ne puisse *raisonnablement exiger* de l'époux innocent qu'il continue à vivre avec son conjoint.

L'action pourra être intentée par l'un seulement des conjoints, mais elle pourra également être intentée par tous les deux. Toutefois, si la désunion est surtout imputable à l'un des conjoints, l'action ne peut être intentée que par l'autre.

Cet article qui consacre en somme le divorce pour incompatibilité d'humeur a été vivement combattu lors des travaux préparatoires du code civil suisse (Art. 142). Il confère en effet au juge un pouvoir très étendu. C'est lui qui doit décider si la vie commune est vraiment insupportable pour l'un des époux ou pour tous les deux. Mais le législateur suisse a maintenu cette cause de divorce, car les causes qui amènent la destruction de la vie conjugale et rendent insupportable la vie en commun, sont si variées qu'il est impossible de trouver une formule limitative (1). Le code civil turc a pris textuellement l'article 142 du C. C. S. (Art. 134 C. C. T.).

L'action peut tendre au divorce ou à la séparation de

---

(1) Ch. Wieland. *Op. cit.*, p. 240.

corps (Art. 135). L'époux peut opter librement entre le divorce et la séparation de corps. Le droit d'opter est également attribué au juge qui d'après l'article 138 « est tenu lorsque la cause de divorce est établie, de prononcer le divorce ou la séparation de corps ». Il ne peut d'ailleurs prononcer que la séparation de corps si aucun des époux ne demande le divorce. La séparation de corps seule, peut être prononcée lorsque l'époux le plus coupable conclut au divorce, l'autre conjoint ne demandant que la séparation de corps.

La séparation de corps est prononcée pour une durée de un à trois ans. D'après le code civil suisse, la séparation de corps peut être prononcée pour un temps indéterminé (Art. 147, C. C. S.).

La séparation cesse, après l'expiration du délai fixé par le juge. Chacune des parties peut alors demander le divorce si une réconciliation n'est pas intervenue.

Les actions en séparation de corps ou en divorce se prescrivent par six mois à compter du jour où l'époux offensé a connu la cause, et dans tous les cas, par cinq ans depuis l'adultère, l'attentat, les sévices ou les injures. Cependant, pour la maladie mentale, l'action en divorce peut être intentée en tout temps, à condition que la maladie ait été reconnue incurable à dire d'expert (Art. 133). Il est à remarquer que l'action en divorce pour maladie mentale ne peut être intentée que si depuis trois ans le conjoint souffre, car, d'après cet article, il faut attendre au moins trois ans pour savoir si une maladie mentale est ou non incurable.

Dans l'instance en divorce, la loi accorde au juge un pouvoir particulier. En effet, d'après l'article 142, le juge, en prononçant le divorce fixe un délai d'un an au moins, de deux ans au plus, pendant lequel la partie coupable ne

pourra se marier. Remarquons que cette disposition ne concerne pas uniquement les cas dans lesquels il y a une *partie coupable*. Elle peut s'appliquer aux deux parties dès qu'elles ont violé l'une et l'autre des devoirs essentiels résultant du mariage (1).

Le code civil turc n'interdit pas le mariage du conjoint adultère avec son complice. Le législateur turc est même allé plus loin que le code suisse en biffant la disposition d'après laquelle, en cas de divorce prononcé pour cause d'adultère, le délai d'interdiction du mariage peut être étendu à trois ans (Art. 150, C. C. S.). Le juge turc qui prononce le divorce et qui peut fixer un délai d'interdiction n'est pas lié par les causes de divorce. C'est-à-dire, qu'il s'agisse d'adultère ou autre cause de divorce, le juge ne peut pas fixer un délai de plus de deux ans. Comme le dit Eugène Hubert « Le juge humain ne peut s'arroger le droit d'apprécier une question qui a trait aux côtés les plus intimes de la personnalité. Il ne sait, il ne peut savoir, si dans tel cas donné, l'interdiction qu'il prononce n'enlèvera pas au coupable son unique chance de relèvement » (2).

\*  
\*\*

Ici se termine la troisième partie de notre étude consacrée au lien du mariage dans le nouveau code civil turc. Après avoir lu l'institution du mariage du droit musulman et son remplacement par le lien du mariage du nouveau code civil turc on est amené à constater que le 17 février 1926 constitue une date importante dans l'histoire de l'Islam.

---

(1) V. Rossel. *Op. cit.*, p. 40, n° 3.

(2) Exp. des motifs, p. 129.

Depuis l'époque où la parole du prophète fut considérée comme code social, en Turquie ainsi que chez tous les peuples musulmans, les générations avaient eu beau se succéder, les mœurs évoluer, les idéaux changer, les lois de la société islamique étaient restées immuables.

Aucun gouvernement, jusqu'à la République turque, n'avait eu le courage de les modifier, et la nation turque a souffert pendant des siècles de cette anarchie.

Toutes ces dispositions, tirées de livres vieux de plus de treize siècles et qui ne concordaient pas depuis longtemps avec les besoins de la société sont tombées d'un jour à l'autre avec la promulgation du nouveau code civil turc.

L'accomplissement de cette œuvre par la jeune République de Turquie constitue une véritable rupture avec les conceptions sociales islamiques. L'esprit d'Ankara renonce désormais de prendre l'Islam comme inspirateur et guide en matière de législation. Le caractère laïque de l'Etat turc s'affirme dans tous les domaines de l'activité nationale.

Vu : *Le Président,*  
G. RIPERT.

Vu : Pour le Doyen :  
*L'Assesseur,*  
G. RIPERT.

Vu et permis d'imprimer.  
Le Recteur de l'Académie de Paris.  
S. CHARLÉTY.

---

## BIBLIOGRAPHIE DE LA TROISIEME PARTIE

---

- ALVAREZ. — De l'influence des phénomènes politiques, économiques et sociaux sur l'organisation de la famille moderne (Thèse, Paris 1899).
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français. 5<sup>e</sup> édition, 12 vol., in-8°, Paris 1897-1923.
- BARTHOLOMÈS (F.). — De la condition de la femme mariée sous le régime du code civil suisse (Thèse, Genève 1918).
- CHAMPCOMMUNAL (M.-J.). — Le nouveau code de famille soviétique (*Bull. Soc. Lég. Etr.* 1927, p. 254).
- CHAUDÉ (H.). — Le nouveau code civil suisse dans l'œuvre de la codification moderne. In-8°, Paris 1909.
- CODE CIVIL TURC. — La législation turque. 2<sup>e</sup> édition. Istambul 1928.
- CODE CIVIL TURC. — Exposé des motifs (*L'Echo de Turquie*, 25 février 1926, Istambul).
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.). — Cours élémentaire de droit civil français. Avec le concours de M. Julliot de La Morandière. 8<sup>e</sup> éd. 3 vol. In-8°, Paris 1934-1936.
- COMTE (L.). — Des mesures protectrices de l'union conjugale d'après les articles 169-172 du Code civil suisse. In-8° (Thèse, Lausanne, 1923).
- CURTI-FORRER (E.). — Commentaires du Code civil suisse. Traduit de l'allemand par Max E. Porret. In-8°, Neuchâtel 1912.
- DIX ANNÉES DE RÉPUBLIQUE EN TURQUIE. In-4°, Ankara 1933.
- DROIN (C.). — Les effets généraux du mariage et le régime matrimonial. Commentaire du Livre II, titre V et VI du Code civil suisse. In-8°, Genève 1916.
- DUPRAT (G.). — Le lien familial. Cause de non-relâchement. In-8°, Paris 1934.
- DURKHEIM (E.). — La famille conjugale (*Revue philosophique*, 1921).
- ESMEIN (A.). — Le mariage en droit canonique. 2<sup>e</sup> édition, mis à jour par R. Génestal et J. Dauvillier. 2 vol. In-8°, Paris 1929-1926.
- GAMPERT (A.). — L'unification du droit matrimonial en Suisse. In-8°, Genève 1898.

- GARIEL (G.). — Le Code civil suisse. In-8°, Fribourg 1908.
- GENTIZON (P.). — Moustapha Kemal ou l'Orient en marche. In-8°, Paris 1929.
- HUBER (E.). — Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police. 2<sup>e</sup> édition. Berne 1920.
- HUSEYIN (Dj.). — La condition de la femme mariée d'après l'ancien et le nouveau droit turc (Thèse, Fribourg 1933).
- JOSSERAND (L.). — Cours de droit civil positif français. 2<sup>e</sup> édition. 3 vol. In-8°, Paris 1932-1933.
- KASSIM. — Comparaison du Code civil turc avec le Code civil suisse (*Revue des études islamiques*, 1929, p. 457).
- LAURENT (H.). — Le divorce en Suisse (Thèse, Paris 1910).
- LE CODE CIVIL (1804-1904). Livre du centenaire publié par la Société de législation. 2 vol. In-8°, Paris 1904.
- LE MAINTIEN ET LA DÉFENSE DE LA FAMILLE PAR LE DROIT. Dix conférences par les professeurs de la Faculté de Droit de Nancy. In-8°, Paris 1930.
- LEFEBVRE (Ch.). — Le lien du mariage (Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français). Paris 1913-1923.
- LEROY (M.). — L'avant-propos du Code civil suisse (*Revue de Paris* 1902, p. 640).
- LES TRANSFORMATIONS DU DROIT DANS LES PRINCIPAUX PAYS DEPUIS CINQUANTE ANS (1869-1919). Livre du cinquantième de la Société de législation comparée. Paris 1922.
- MESSAGE DU CONSEIL FÉDÉRAL A L'ASSEMBLÉE FÉDÉRALE RELATIF A LA REVISION DE LA CONSTITUTION FÉDÉRALE EN VUE DE L'UNIFICATION DU DROIT. Procès-verbaux de la discussion du message au sein de l'Assemblée. In-4°, Berne 1896.
- MUNIB (H.). — Le contrat de fiançailles en droit et en jurisprudence suisse et turc (Thèse, Genève 1933).
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.). — Traité élémentaire de droit civil. 12<sup>e</sup> édition. 3 vol. in-8°, Paris 1935.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.). — Traité pratique de droit civil français. Avec la collaboration des professeurs des Facultés de Droit. 14 vol. In-8°, Paris 1925-1934.
- RAPPORT DE LA COMMISSION DE RÉDACTION DU CODE CIVIL SUISSE AUX CHAMBRES FÉDÉRALES. 2 novembre 1907.
- RÉCHID (Moustapha). — Türk kanunu medenisi serhi (Commentaire du Code civil turc). 2<sup>e</sup> édit. in-8°, Istanbul 1929.
- REHFOUS (L.). — Introduction à l'étude du Code civil suisse. In-8°, Genève 1908.
- RIPERT (G.). — Cours de droit civil (Répétitions écrites rédi-

- gées d'après le cours et avec l'autorisation de M. G. Ripert, Paris 1925-1928.
- RIPERT (G.). — Le régime démocratique et le droit civil moderne. In-8°, Paris 1936.
- ROGUIN (E.). — Traité de droit civil comparé. 7 vol. In-8°, Lausanne 1904-1912.
- ROSSEL (V.). — Le premier essai d'une codification du droit civil suisse. In-8°, Berne 1908.
- ROSSEL (V.). — Code civil suisse annoté, y compris le Code fédéral des obligations. 4<sup>e</sup> édition. In-16°, Lausanne 1929.
- ROSSEL (V.) et MENTHA (F.). — Manuel de droit civil suisse. 2<sup>e</sup> éd. 3 vol. In-8°, Lausanne 1922 (Supplément, Neuchâtel 1931).
- SAMIN (Ahmed). — Hukuku medeniye (Cours de droit civil à la Faculté de Droit d'Istanbul). 3 vol. In-4°, Istanbul 1930-1933.
- SAUSER-HALL (G.). — Introduction à l'étude du nouveau droit civil appliqué en Turquie. In-8°, Istanbul 1926.
- SECRÉTAN (R.). — Le nouveau Code civil turc (*Bull. Lég. Comp.* 1927, p. 361).
- SUISSE. La vie juridique des peuples. Bibliothèque de droit contemporaine sous la direction de MM. H. Lévy-Ulmann et Mirkine-Guetzévitch. In-8°, Paris 1935.
- THILO (E.). — Jurisprudence du Tribunal fédéral en 1931 et 1932 (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1932, p. 1.175).
- VELI. — Hukulu medeniye (Cours de droit civil à la Faculté de Droit d'Ankara). In-4°, Ankara 1930.
- VOGT (L.). — Le Code civil interprété par le Tribunal fédéral. Recueil de jurisprudence réunie et traduite. In-8°, Genève 1921.

## PÉRIODIQUES.

- Annuaire de législation étrangère.* Publié par la Société de Législation comparée (Depuis 1870). In-8°, Paris.
- Arrêts du Tribunal fédéral suisse* (Depuis 1875). In-8°, Lausanne.
- Bulletin mensuel de la Société de législation comparée* (Depuis 1872). Paris.
- Hukuk Fakültesi mecmuasi.* In-8°, Istanbul.
- Hukuki bilgiler mecmuasi.* In-4°, Istanbul.
- Journal des tribunaux* (Depuis 1853). In-8°, Lausanne.
- Recueil de jurisprudence du Tribunal fédéral* (En trois langues). Lausanne.
- Revue trimestrielle de droit civil* (Depuis 1902). In-8°, Paris.

# TABLE DES MATIÈRES

|                                                                                                                                          |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUCTION .....                                                                                                                       | 7  |
| PREMIERE PARTIE                                                                                                                          |    |
| Le lien du mariage chez les Turcs avant l'Islam.                                                                                         |    |
| CHAPITRE UNIQUE. — Les sources .....                                                                                                     | 13 |
| § 1. — Les documents chinois .....                                                                                                       | 13 |
| § 2. — Les documents et inscriptions turcs .....                                                                                         | 14 |
| § 3. — Le droit coutumier des peuples turcs .....                                                                                        | 17 |
| Les deux influences étrangères que ce droit eut<br>à subir :                                                                             |    |
| A. — L'influence de l'Islam .....                                                                                                        | 18 |
| B. — L'influence russe .....                                                                                                             | 19 |
| I. — Les fiançailles .....                                                                                                               | 22 |
| CHAPITRE I. — Le rôle des fiançailles dans la formation du<br>lien du mariage .....                                                      | 22 |
| § 1. — Le kalym. Objets composant le kalym .....                                                                                         | 23 |
| § 2. — La nature juridique du kalym .....                                                                                                | 24 |
| A. — L'opinion de Levchine et de Dingelsted.                                                                                             | 24 |
| B. — L'opinion de F. Grenard et de G. Richard                                                                                            | 24 |
| C. — L'opinion d'Agha Oglou Ahmed .....                                                                                                  | 25 |
| D. — Véritable nature juridique du kalym ....                                                                                            | 26 |
| CHAPITRE II. — Les effets de la remise du kalym .....                                                                                    | 30 |
| § 1. — Généralités .....                                                                                                                 | 30 |
| § 2. — Droits et obligations des parties après la remise<br>du kalym :                                                                   |    |
| 1° L'obligation de fournir une dot par les pa-<br>rents de la fiancée .....                                                              | 30 |
| 2° Le droit du fiancé d'enlever sa future épouse<br>si les parents de celle-ci n'ont pas pré-<br>paré la dot dans le temps convenu ..... | 31 |
| 3° Défense pour les membres des deux familles,<br>futurs alliés, de se fréquenter pendant<br>la période des fiançailles .....            | 31 |

|                                                                                  |    |
|----------------------------------------------------------------------------------|----|
| CHAPITRE III. — La rupture des fiançailles .....                                 | 33 |
| § 1. — Ruptures volontaires .....                                                | 33 |
| A. — Rupture des fiançailles avant la remise<br>du kalym .....                   | 33 |
| B. — Rupture des fiançailles après la remise<br>du kalym .....                   | 34 |
| § 2. — Ruptures forcées .....                                                    | 34 |
| A. — Décès du fiancé .....                                                       | 35 |
| B. — Décès de la fiancée .....                                                   | 35 |
| II. — Le mariage .....                                                           | 37 |
| CHAPITRE I. — Conditions, Formalités .....                                       | 37 |
| CHAPITRE II. — Les effets du mariage .....                                       | 39 |
| Puissance maritale, Incapacité restreinte de la femme<br>mariée .....            | 39 |
| III. — Dissolution du lien du mariage .....                                      | 42 |
| CHAPITRE I. — Généralités .....                                                  | 42 |
| Le caractère particulier du lien du mariage turc ....                            | 42 |
| L'opinion de F. Grenard sur la nature juridique du lien<br>du mariage turc ..... | 42 |
| CHAPITRE II. — Les causes de divorce .....                                       | 45 |
| § 1. — L'adultère .....                                                          | 45 |
| § 2. — Autre cause de divorce .....                                              | 46 |
| A. — Boutlou .....                                                               | 47 |
| B. — Chiyin .....                                                                | 47 |
| C. — Kiz-Téké .....                                                              | 47 |
| APPENDICE. — La polygamie .....                                                  | 48 |
| La réaction du peuple turc envers cette institution<br>étrangère .....           | 48 |
| CONCLUSION .....                                                                 | 50 |
| BIBLIOGRAPHIE DE LA PREMIÈRE PARTIE .....                                        | 51 |

## DEUXIEME PARTIE

### Le lien du mariage dans le droit musulman. Son introduction en Turquie.

|                                                                                   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------|----|
| CHAPITRE I. — Notions générales .....                                             | 55 |
| § 1. — Notions historiques sur le rôle de l'Islam dans<br>la société turque ..... | 55 |

|                                                                                   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------|----|
| § 2. — Les sources du droit musulman .....                                        | 63 |
| A. — Le Coran .....                                                               | 63 |
| B. — La Sounnah .....                                                             | 66 |
| C. — Idjma-i-ummet (Consultation juridique) .....                                 | 68 |
| D. — Kiyasi-foukaha .....                                                         | 69 |
| Les rites jurisprudentiels de l'Islam :                                           |    |
| 1° Le rite Hanéfite .....                                                         | 70 |
| 2° Le rite Chafeite .....                                                         | 70 |
| 3° Le rite Malekite .....                                                         | 70 |
| 4° Le rite Hambelite .....                                                        | 70 |
| CHAPITRE II. — Le mariage .....                                                   | 73 |
| Conditions naturelles d'aptitude au mariage .....                                 | 73 |
| § 1. — De la différence de sexe et de la concordance<br>d'espèce .....            | 73 |
| § 2. — De la concordance de croyance .....                                        | 74 |
| § 3. — De l'impuberté .....                                                       | 74 |
| § 4. — Du consentement des époux .....                                            | 75 |
| CHAPITRE III. — Prohibitions fondées sur des causes parti-<br>culières .....      | 77 |
| § 1. — De la parenté et de l'alliance .....                                       | 77 |
| § 2. — Du lien d'allaitement .....                                                | 78 |
| § 3. — De la réunion de certaines femmes comme<br>épouses d'un même homme .....   | 78 |
| § 4. — Du délai de viduité .....                                                  | 78 |
| § 5. — Du triple divorce .....                                                    | 79 |
| § 6. — Des conditions simplement recommandées. For-<br>malités .....              | 80 |
| CHAPITRE IV. — Le mariage des mineurs, conclu par leur<br>père ou tuteur .....    | 82 |
| § 1. — Droit du mineur devenu pubère de demander<br>l'annulation du mariage ..... | 82 |
| § 2. — Considérations critiques .....                                             | 83 |
| CHAPITRE V. — La dotation nuptiale .....                                          | 86 |
| CHAPITRE VI. — Les effets du mariage .....                                        | 88 |
| § 1. — Généralités .....                                                          | 88 |
| § 2. — Devoirs réciproques des époux .....                                        | 89 |
| § 3. — De la capacité de la femme mariée .....                                    | 90 |
| CHAPITRE VII. — La dissolution du mariage .....                                   | 92 |
| § 1. — De la répudiation .....                                                    | 92 |
| § 2. — Du divorce .....                                                           | 95 |

|                                                                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE VIII. — Les réformes tentées par l'Etat ottoman pour améliorer le droit familial de l'Empire ..... | 97  |
| § 1. — Généralités .....                                                                                    | 97  |
| § 2. — Les dispositions essentielles du décret-loi du 28 octobre 1917 .....                                 | 98  |
| CONCLUSION .....                                                                                            | 104 |
| BIBLIOGRAPHIE DE LA DEUXIÈME PARTIE .....                                                                   | 107 |

### TROISIÈME PARTIE

#### Le lien du mariage dans le droit familial de la République turque.

|                                                                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE I. — Généralités .....                                                                                             | 111 |
| § 1. — La lourde succession de l'Empire ottoman en matière de législation civile .....                                      | 111 |
| § 2. — Vers un code civil turc moderne. Les travaux préparatoires. Deux tendances. La promulgation du code civil turc ..... | 113 |
| CHAPITRE II. — Le nouveau code civil turc .....                                                                             | 119 |
| § 1. — Notions générales sur le Code civil suisse. Son origine, ses caractères .....                                        | 119 |
| § 2. — Les modifications apportées au Code suisse par le législateur turc .....                                             | 123 |
| § 3. — Les objections faites au législateur turc pour avoir choisi le Code civil suisse .....                               | 133 |
| a) La différence des sociétés suisse et turque.                                                                             | 133 |
| b) Les pouvoirs du juge .....                                                                                               | 134 |
| CHAPITRE III. — Le lien du mariage dans le code civil turc.                                                                 | 137 |
| § 1. — La formation du lien du mariage .....                                                                                | 138 |
| § 2. — Les effets généraux du mariage .....                                                                                 | 147 |
| § 3. — Rupture ou relâchement du lien du mariage ..                                                                         | 151 |
| CONCLUSION .....                                                                                                            | 154 |
| BIBLIOGRAPHIE DE LA TROISIÈME PARTIE .....                                                                                  | 156 |
| TABLE DES MATIÈRES .....                                                                                                    | 159 |







